Die Pflicht des Arbeitgebers zur Einstellung und Wiedereinstellung von Arbeitnehmern

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

JOCHEN GRÜNHAGE

aus Braunschweig

Göttingen 1965

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Einstellung und Wiedereinstellung von Arbeitnehmern

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

JOCHEN GRÜNHAGE

aus Braunschweig

Göttingen 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Berichterstatter: Professor Dr. Gamillscheg
Mitberichterstatter: Professor Dr. Neumann-Duesberg
Tag der mündlichen Prüfung: 20.Februar 1965

Inhaltsübersicht

	Seite
Einführung	1
Erster Hauptteil	7
Die Pflicht zur Einstellung von Arbeitnehmern	7
Erster Abschnitt	7
Einstellungspflicht auf Grund von Spezialgesetzen	7
A. Das Schwerbeschädigtengesetz	7
I. Sinn und Aufgabe des Gesetzes	7
II. Geschichte des Schwerbeschädigtenschutzes	8
III. Die Einstellungspflicht nach § 8 des Gesetzes	9
1. Begünstigter Personenkreis	9
2. Kreis der verpflichteten Arbeitgeber und Umfang der Einstellungspflicht	10
3. Bedeutung des § 3: Kontrahierungspflicht	11
4. Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit	14
5. Der Kontrahierungszwang als Mittel, den Schwerbeschädigten wieder in das Berufsleben einzugliedern (Rechtsgrund des Kontrahierungszwanges)	17
6. Wem gegenüber besteht die Einstellungspflicht?	19
7. Durchsetzung der Einstellungspflicht	20
a) Zwangseinstellung	20
b) Geldbuße	20
B. Das niedersächsische und das nordrhein-westfälische Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein	21
I. Der Zweck der Gesetze	21

Seite

II. Die Einstellungspflicht nach dem niedersächsischen Gesetz 22

III. Die Einstellungspflicht nach dem nordrhein-westfälischen Gesetz 24

C. Das Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer 26

I. Aufgabe des Gesetzes 26

II. Die Einstellungspflicht nach § 9a des Gesetzes 27

1. Begünstigter Personenkreis 27

2. Adressat der Einstellungspflicht 28

3. Umfang und Inhalt der Einstellungspflicht 29

4. Durchsetzung der Einstellungspflicht 30

D. Art. 33 Abs. II des Grundgesetzes 31

I. Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern 31

II. Einstellungsanspruch in Ausnahmefällen 36

Zweiter Abschnitt 39

Einstellungspflicht auf Grund allgemeiner Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze 39

A. Der Grundsatz der Gleichbehandlung als Anspruchsgrundlage? 39

I. Problemstellung 39

II. Die Begründungen für die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes 40

1. Die Lehre des Reichsarbeitsgerichts von der konkreten Ordnung des Betriebes 41

2. Die konkretisierte Fürsorgepflicht i.S. Sieberts 41

3. Gleichbehandlung als Normvollzug 42

4. Gleichbehandlung als Forderung der Gerechtigkeit 43

Seite

5. Gleichbehandlung als Ausfluß der Fürsorgepflicht auf Grund der Schutzfunktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes 44

III. Keine Gleichbehandlung bei der Einstellung von Arbeitnehmern. 46

B. Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG 46

I. Problemstellung 46

II. Die Drittwirkung des Gleichheitssatzes 48

1. Die Gegner der Drittwirkung 48

2. Die Befürworter einer Drittwirkung 50

a) Die Lehre Dürigs 50

b) Die Lehre Nipperdeys und Leisners 52

c) Eigene Stellungnahme 58

III. Die Bindung des staatlichen Arbeitgebers an den Gleichheitssatz 69

IV. Der Inhalt des Gleichheitssatzes im Hinblick auf die Einstellung 73

V. Grundsatz: Kein Anspruch auf Einstellung nach Art. 3 GG 75

VI. Einstellungspflicht in Ausnahmefällen 76

VII. Vergleich des Gleichheitssatzes mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, insbesondere im Hinblick auf die Einstellung 80

Dritter Abschnitt 82

Einstellungspflicht auf Grund kollektiver Vereinbarungen 82

A. Die Abschlußgebote in Tarifverträgen 82

I. Die Entwicklung der gesetzlichen Regelung 82

II. Arten der Abschlußgebote nach dem Tarifvertragsgesetz 83

Seite

1. Abschlußnormen 83
2. Schuldrechtliche Abschlußgebote 84
III. Berechtigter Personenkreis 85

B. Die Abschlußgebote in Betriebsvereinbarungen 86

I. Das Recht des Betriebsrates, mit dem Arbeitgeber Abschlußgebote zu vereinbaren 86
II. Normative und obligatorische Abschlußgebote 90
1. Die Satzungstheorie 90
2. Die Vertragstheorie 92
III. Berechtigter Personenkreis 93
IV. Das Verhältnis der Betriebsvereinbarung zum Tarifvertrag 94
1. Zulässigkeit von Abschlußgeboten trotz § 59 BetrVG 94
2. Vorrang des tarifvertraglichen Abschlußgebotes vor der betrieblichen Einstellungsklausel 94

C. Abschlußgebote in Dienstvereinbarungen 95

Vierter Abschnitt 98

Rückblick: Einstellungsgebote in außer Kraft getretenen Gesetzen 98

A. Die DemobilmachungsVO vom 12.2.1920 98

B. Die Schwerbeschädigtengesetze vom 6.4.1920 und vom 12.1.1923 98

C. Die Landesgesetze betreffend die bei der politischen Befreiung tätigen Personen 99

D. Das Regelungsgesetz vom 11. Mai 1951 100

Seite

Zweiter Hauptteil 104

Die Pflicht zur Wiedereinstellung von Arbeitnehmern 104

Erster Abschnitt 104

Wiedereinstellungspflicht auf Grund von Spezialgesetzen 104

A. § 19 Abs.V des Schwerbeschädigtengesetzes 104

B. § 9 des Mutterschutzgesetzes 113

I. Zulässigkeit der fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses bei Arbeitskämpfen 113

II. Anspruch auf Wiedereinstellung 117

C. Das Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes 121

D. Das Bundesentschädigungsgesetz 124

Zweiter Abschnitt 127

Wiedereinstellungspflicht auf Grund allgemeiner Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze 127

A. Wiedereinstellung auf Grund nachwirkender Fürsorgepflicht des Arbeitgebers? 127

I. Vorbemerkung 127

II. Wiedereinstellung nach Kündigung wegen politischer Belastung und nachträglicher Entlastung des Arbeitnehmers 129

1. Bisherige Ansicht 129

2. Eigene Ansicht 133

III. Wiedereinstellung nach Betriebsstilllegung und erneuter Eröffnung 136

1. Bisherige Ansicht 136

2. Eigene Ansicht 137

Seite

IV. Wiedereinstellung nach Verdachtskündigung 139

1. Bisherige Ansicht 139

2. Eigene Ansicht: Wiedereinstellung nach Verdachtskündigung entsprechend der Lehre vom Betriebsrisiko 147

B. Wiedereinstellung von Saisonarbeitern in der nächsten Saison auf Grund betrieblicher Übung 152

I. Problemstellung 152

II. Die anspruchsbegründende Kraft der betrieblichen Übung 153

1. Unmittelbare (normative) Wirkung? 153

2. Die mittelbare (schuldrechtliche) Wirkung der betrieblichen Übung durch Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse 155

III. Anspruch auf Wiedereinstellung in der nächsten Saison 160

C. Wiedereinstellung auf Grund des Gleichbehandlungsgebots (Wiedereinstellung nach Arbeitskämpfen) 164

1. Der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955 und die verschiedenen Auffassungen vor und nach dieser Entscheidung 164

2. Eigene Ansicht 173

3. Einzelfragen 176

D. Wiedereinstellung nach unerlaubter Handlung des Arbeitgebers (§ 826 BGB) 180

Dritter Abschnitt 181

Wiedereinstellungspflicht auf Grund kollektiver Vereinbarungen 181

A. Die tarifvertraglichen Wiedereinstellungsklauseln 181

Seite

B. Die Abschlußgebote in Betriebsvereinbarungen 192

C. Abschlußgebote in Dienstvereinbarungen 193

Vierter Abschnitt 194

Bevorzugte Wiedereinstellung von Betriebsratsmitgliedern? 194

Fünfter Abschnitt 195

Rückblick: Wiedereinstellungsgebote in außer Kraft getretenen Gesetzen 195

A. Die DemobilmachungsVO vom 12.2.1920 195

B. Die Betriebsrätegesetze der Länder 197

C. Das schleswig-holsteinische Entnazifizierungsgesetz und die erste Sparverordnung Nordrhein-Westfalen 198

Literaturverzeichnis

Georg Adler, Gustav Mayer	Recht auf Arbeit. (In:) Handwörterbuch der Staatswissenschaften. VII.Band, 3.Auflage, Jena 1911, S. 46 ff.
Laurenz Ambrosius	Grundriß des Verwaltungsrechts. Band 22a: Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art.131 des Grundgesetzes fallenden Personen Kommentar von L.Ambrosius, J.Löns, H. Rengier. Tübingen 1952.
Georg Anders	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen. 4.Auflage, neubearbeitet von Hans Jungkunz und Winfried Käppner. Stuttgart 1959.
Gerhard Anschütz	Die Verfassung des Deutschen Reichs. Kommentar. 13.Auflage Berlin 1930.
Willibalt Apelt	Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3 Abs.1 des Grundgesetzes. JZ 1951, S.353.
Adolf Arndt	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Berlin 1901.
Henning v. Arnim	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der verdrängten Beamten und Berufssoldaten. Berlin und Frankfurt a.M. 1951.
Gerth Arras	Streikrecht und Arbeitsvertrag. NJW 1953, S. 241 ff.
Fritz Auffarth, Gerhard Müller	Kündigungsschutzgesetz. Handkommentar für die Praxis unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Berlin und Frankfurt a.M. 1960.
Otto Bachof	Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Tübingen 1951.

Otto Bachof	Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit und verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit des § 17 TOA sowie der hierauf gestützten Maßnahmen. RdA 1953, S.42 ff.
"	Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle. SJZ 1948, Sp. 742 ff.
"	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme. DöV 1953, S. 417 ff.
"	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VDStRL Heft 12, S.37-84. Berlin 1954
G. Becker	§§ 1o4 bis 157. Franz Schlegelberger -Werner Vogels, Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I. Berlin 1939.
Ingeborg Becker, Harald Huber, Otto Küster	Bundesentschädigungsgesetz.Kommentar. Berlin und Frankfurt a.M. 1955. §§ 34,35 bearbeitet von Martin Klückmann.
Ingeborg Becker	Zu dem Regierungsentwurf eines Bundesergänzungsgesetzes zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung. Bundesanzeiger 1953, Nr.1o3, S.4.
Hermann Josef Becker	Das Schwerbeschädigtengesetz. BABl. 1953, S. 325 ff.
"	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) vom 16.Juni 1953. Berlin und Frankfurt a.M. 1955.
Erich Becker	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. VDStRL Heft 14, S. 96 ff. Berlin 1956.
Günter Beitzke	Gleichheit von Mann und Frau (In:) Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. II.Band, S.199 ff. Berlin 1954.

Max Bentele	Das Recht auf Arbeit in rechtsdogmatischer und ideengeschichtlicher Betrachtung. Jur.Diss. Zürich 1949.
Bernhöft	Zur Lehre von den Fiktionen in dem BGB. Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6.Heft, Leipzig 1905.
Franz Bertele	Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung. Heidelberg 1960.
Johannes Biermann	Rechtszwang zum Kontrahieren. Jhr.Jahrb. 32.Band (1893), S.267 ff.
H.A. Bischoff	Der Frauenlohn. BB.1950, S. 427 f.
Blohm	Schadensersatz bei Druckkündigung. RdA 1955, S. 303 f.
Georg Blessin, Hans-Georg Ehrig, Hans Wilden	Bundesentschädigungsgesetze. Kommentar. 3.Auflage. München und Berlin 1960.
Block	Der Arbeitsvertrag des Schwerbeschädigten. JW 1930, S. 371 ff.
Paul Bobrowski	Das Arbeitsrecht, Von der Einstellung bis zur Entlassung. 2.Auflage. Heidenheim/Brenz 1954.
Alfred Bochalli	Personalvertretungsgesetz. Kommentar. München und Berlin 1955.
Werner Böckenförde	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters. Berlin 1957.
Gerhard Boldt	Das Recht des Bergmanns. 3.Auflage unter Mitwirkung von Benno Natzel. Tübingen 1960.
"	Der Bergmannsversorgungsschein. RdA 1950, S.161 ff.
"	Zum Recht des Bergmannsversorgungsscheins. RdA 1956, S. 367 ff.

Friedrich Wilhelm Bosch und Walther J.Habscheid	Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt. JZ 1955, S. 297 ff.
Werner-Ernst Bothe	Wesen und rechtliche Grundlagen des Kontrahierungszwanges. Diss. Marburg 1934.
Eduard Bötticher	Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. RdA 1953, S.161 ff.
"	Zur Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen. BB 1957, S. 621 ff.
"	Vertragstheorie und Eingliederungstheorie. RdA 1955, S. 321 ff.
Fr. Brant	Über das Problem der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, insbesondere hinsichtlich der Wiedereinstellung nach Streik. Die Justiz 1954, S. 314 ff.
Hans Brecht	Kündigung von Betriebsnormen. [illegible] 1951, S. 765 ff.
Ottmar Bühler	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.
Erich Bührig	Handbuch der Betriebsverfassung. Köln-Deutz 1953.
Hartwig Bülck	Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht. Untersuchungen zum Begriffswandel der Vertragsfreiheit. Diss. Kiel 1940.
Gustav-Adolf Bulla	Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht. Kommentar. München und Berlin 1954.
"	Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes. (In:) Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 163 ff. München und Berlin 1955.
"	Arbeitsrecht-Blattei. Arbeitskampf III (Aussperrung).

Hermann Bürckner	Der privatrechtsgestaltende Staatsakt. Leipzig 1930.
Herbert Burkhardt	Arbeitgeber als Entschädigungsverpflichtete nach dem Bundesentschädigungsgesetz. BB 1955, S. 230 f.
Helmut Coing	J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I.Band. Allgemeiner Teil. 11.Auflage. Berlin 1957. Erläuterungen zu §§ 1-240.
"	Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. JZ 1958, S. 558 ff.
Denecke	Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle. DAR 1940, S. 141 ff.
Hermann Dersch	Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis. RdA 1949, S. 325 ff.
"	Art. 19 Abs.4 des Grundgesetzes und die Sozialgerichtsbarkeit. RdA 1952, S. 301 ff.
"	Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis. (In:) Festschrift für Wilhelm Herschel, S.71 f Stuttgart 1955.
Ludwig Diekhoff	Zur Wiedereinstellungspflicht nach beendetem Arbeitsverhältnis. Betrieb 1958, S. 869 ff.
Rolf Dietz	Streik und Arbeitsverhältnis. BB 1952, S. 294 ff.
"	Grundsätzliches zum Streikrecht / Maßregelungsverbot. SAE 1954, S.89 ff.
"	Personalvertretungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar. München und Berlin 1956.

Rolf Dietz	Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar. 3.Auflage. München und Berlin 1960.
"	Betriebsvereinbarung und Dienstvereinbarung. (In:) Festschrift für Friedrich Sitzler, S. 151 ff. Stuttgart 1956.
Günter Dürig	Die Menschenauffassung des Grundgesetzes. JR 1952, S. 259 ff.
"	Das Eigentum als Menschenrecht. ZgesStW 109. Band (1953), S.326 ff.
"	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. JZ 1953, S. 193 ff.
"	Art. 3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen.
"	Grundrechte und Zivilrechtsprechung. (In:) Festschrift für Hans Nawiasky, S. 157 ff. München 1956.
Kurt Draeger	Heimkehrergesetz. Kommentar und sonstiges Heimkehrerrecht. 2.Auflage. Berlin und Frankfurt a.M. 1953.
Helmut Enderlein	Arbeitsrecht-Blattei. Mutterschutz I.
"	Zweifelsfragen zum Kündigungsverbot gemäß § 9 Mutterschutzgesetz. Der Arbeitgeber 1952, S.267.
"	Noch einmal: Kündigungsverbot gemäß § 9 Mutterschutzgesetz. Der Arbeitgeber 1952, S. 842 f.
"	Rechtsfragen um die Wiedereinstellungsklausel nach Beendigung eines Streiks. ArbuR 1955, S.10 ff.
Engelhard	Anfechtungsklage - Vornahmeklage. NJW 1956, S. 1377 ff.
Helmut Engelhard, Gustav Ballerstedt	Personalvertretungsgesetz für das Land Niedersachsen. Neuwied, Berlin-Spandau 1961

Herbert Engler	Kommentar zum Betriebsrätegesetz für das Land Hessen. Offenbach a.M. - Bad Homburg v.d.H. 1949.
Ludwig Enneccerus, Heinrich Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. 14.Bearbeitung. Tübingen 1954.
Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. Erster Band. Erster Halbband, 15.Auflage, Tübingen 1959. Zweiter Halbband, 15.Auflage, Tübingen 196o.
Erdel	Maßregelungsverbot bei Streikbeendigung. JW 1925, S. 1844 ff.
Gerhard Erdmann	Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.Oktober 1952. 2.Auflage. Neuwied am Rhein 1954.
Josef Esser	Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 2.Auflage. Karlsruhe 196o.
Erich Eyermann, Ludwig Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. München und Berlin 196o.
Erich Fechner	Die Wirklichkeit als Rechtsquelle im Arbeitsrecht. ZgesStW Band 1o2 (1942), S. 78 ff.
"	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. (In:) Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 174 Tübingen 1953.
"	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht. RdA 1955, S. 161 ff.
Karl Fitting, Hermann Heyer	Personalvertretungsgesetz. Kommentar Hamburg-Berlin-Bonn 1955.
Karl Fitting, Walter Kraegeloh	Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar für die Praxis. 5.Auflage, neubearb. von Karl Fitting und Fritz Auffarth. Berlin und Frankfurt a.M. 196o.

Ernst Forsthoff	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VDStRL Heft 12, S.8-36. Berlin 1954.
"	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. 6.Auflage. München und Berlin 1956.
Robert Franke	Gleichbehandlung nach Streikbeendigung? RArbBl. 1952, S. 489.
Erich Frey	Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. München, Düsseldorf 1954.
"	Aussperrung und Wiederbeschäftigung. ArbuR 1955, S. 231 ff.
Ernst Friesenhahn	Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes. (In:) Recht, Staat Wirtschaft, Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung. Zweiter Band, S.164 ff. Stuttgart und Köln 1950.
Rudolf Fülling	Die Pflicht zur Beschäftigung Schwerbeschädigter nach dem Gesetz vom 6.April 1920. Leipzig, Erlangen 1923.
Fürst	Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften. LZ 1910, Sp. 177 ff.
Hans Galperin	Der Grundsatz der Gleichbehandlung. RdA 1953, S. 169.
"	Die betriebliche Ordnung. RdA 1955, S. 260 ff.
"	Gleicher Lohn für Männer und Frauen. JZ 1956, S. 105 ff.
"	Aussperrung und Mutterschutz. RdA 1959, S.41 ff.
Hans Galperin, Wolfgang Siebert	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz. 3.Auflage. Heidelberg 1958.
Franz Gamillscheg	Mutterschutz und Sozialstaat. (In:) Festschrift für Erich Molitor, S. 57 ff. München und Berlin 1962.

anz Gamillscheg	Die Grundrechte im Arbeitsrecht. AcP 1964, S. 384 ff.
Willi Geiger	Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung. Stuttgart 1960.
Gregor Geller, Kurt Kleinrahm	Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen. Göttingen 1950.
Hans Gerber	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes. Rechtsgutachten. AöR Band 81 (1956), S.1 bis 54.
Friedrich Giese, Egon Schunk	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 5.Auflage, bearbeitet von Schunk. Frankfurt/M. 1960.
Gift	Zum Wiedereinstellungsanspruch nach Streikbeendigung. Anmerkung zu dem Urteil des BAG v.29.3.1957. SAE 1957, S.174 ff.
Willy Görner	Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses nach dem Mutterschutzgesetz im Falle einer Aussperrung. Betrieb 1956, S. 378.
Walter Grabenhoff, Clemens Windscheid	Personalvertretungsgesetz. 2.Auflage Stuttgart 1960.
Dieter Grell	Der Betriebsinhaberwechsel. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Arbeitsverhältnis und Betrieb. Berlin 1957.
Wilhelm Grewe	Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes. DRZ 1949, S.349 ff.
"	Der Begriff des "sozialen Staates" in der deutschen Verfassungsentwicklung. Der Arbeitgeber 1950/1951, S. 39 ff
Viktor Grimpe	Bundesentschädigungsgesetz. Kommenta Siegburg 1953.
Karl Gröninger	Schwerbeschädigtengesetz. Der Wirtschaftskommentar, Teil B, B IV/5. Frankfurt /Main 1956.

Harald Gross	Die Betriebsstörung. (In:) Handbuch des Arbeitsrechts. Hrsgb. Wilhelm Maus. Teil IV Anm. 228 ff.
Jobst Gumpert	Die praktische Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. BB 1959, S. 707 ff.
Karl Haager	§ 826 BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 11.Auflage, II.Band,2.Teil. Berlin 1960.
Andreas Hamann	Zur Abgrenzung von Enteignung und Sozialbindung. NJW 1952, S. 401 ff.
"	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Heidelberg 1953.
"	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz. NJW 1957, S.2 ff.
	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949. Kommentar 2.Auflage. Neuwied, Berlin 1961.
Haueisen	Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens. DVBl. 1952, S. 5[illegible] ff.
"	Das subjektive Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens. NJW 1954, S. 418 f.
Justus Wilhelm Hedemann	Das bürgerliche Recht und die neue Zeit. Rede. Jena 1919.

Justus Wilhelm Hedemann	Der Arbeitsplatz als Rechtsgut. RdA 1953, S. 121 ff.
"	Der Kontrahierungszwang, Erinnerung und Ausblick. (In:) Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 251 ff. München und Berlin 1955.
Wilhelm Heimeier	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) vom 16.Juni 1953. Düsseldorf 1953.
Gustav W. Heinemann	Das Ersatzgeschäft. Gruch.Beitr. Neue Folge 6.Band (1928), S. 319 ff. u. 550 ff.
Wilhelm Hergt	Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß, insbesondere bei Monopolen. Jur. Diss. Erlangen 1931.
Wilhelm Herschel	"Konkrete Ordnung" des Betriebes, Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte. DAR 1941, S. 72 ff.
"	Betriebsvereinbarung oder Betriebssatzung? RdA 1948, S. 47 ff.
"	Zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes (Westzonen). BB 1951, S. 61 f.
"	Druckkündigung und Schadensausgleich. RdA 1953, S.41 f.
"	Arbeitsschutz im sozialen Rechtsstaat. BArbBl. 1955, S. 571 ff.
"	Druckkündigung und Schadensausgleich. (In:) Festschrift für Heinrich Lehmann. II.Band, S.662 ff. Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M. 1956.
"	Das Arbeitsrecht. (In:) Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Dritter Band, erster Halbband. Berlin 1958.

Wilhelm Herschel	V om Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht. (In:) Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages. Band I, S. 3o5 ff. Karlsruhe 196o.
"	Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut. RdA 196o, S. 121 ff.
Wilhelm Herschel, Georg Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz. 4.Auflage. Heidelberg 1958.
Berthold Herzog	Kontrahierungszwang bei Monopolen im Recht des Ungreifbaren. Kart. Rdsch. 1932, S. 521 ff.
Philipp Hessel	Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht. Köln-Deutz 1955.
Marie-Luise Hilger	Anspruch eines entnazifizierten Arbeitnehmers auf seinen alten Arbeitsplatz. Gutachten. BB 1949, S. 471 f.
"	Das betriebliche Ruhegeld. Zugleich ein Beitrag zum Recht der betrieblichen Arbeitsbedingungen. Heidelberg 1959.
A. Hinterdobler	Gleichbehandlung bei Wiedereinstellung nach Streik? BB 1955, S. 799.
Heinrich Hoeniger	Die sogenannte Abwehraussperrung. BB 1955, S. 7o4 ff.
Herbert-E. Honecker	Muß der Arbeitgeber nach Beendigung des Streiks bei der Wiedereinstellung nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung verfahren? Der Arbeitgeber 1954, S. 926 ff.
Ernst Rudolf Huber	Wirtschafts-Verwaltungsrecht. Erster Band. 2.Auflage. Tübingen 1953. Zweiter Band. 2.Auflage. Tübingen 1954.

Ernst Rudolf Huber	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. DöV 1956, S. 97 ff.
Alfred Hueck [1]	Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. (In:) Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, S. 312 ff. Jena 1938.
"	Zusätzliche soziale Leistungen bei Betriebsübergang. Gutachten. BB 1951, S. 365 ff.
"	Die Bedeutung des Art.3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn-und Arbeitsbedingungen der Frauen. Rechtsgutachten. Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände. Heft 2. Köln 1951.
"	Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch Tarifvertrag. BB 1952, S. 925 ff.
"	Buchbesprechung: Erich Frey, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. RdA 1954, S. 397.
"	Grenzen des rechtmäßigen Streiks. (In:) Festschrift für Wilhelm Herschel, S.27 ff. Stuttgart 1955.
"	Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung. Festschrift für Heinrich Lehmann. II.Band, S.633 ff. Berlin-Frankfurt a.M.-Tübingen 1956.

---

1) In den Anmerkungen im Text ist Alfred Hueck mit "Hueck", Götz Hueck mit "G.Hueck" zitiert.

Alfred Hueck	Die Pflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer (In:) Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, S.131-150. Berlin 1958.
"	Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. (In:) Festschrift für Willibalt Apelt, S. 57 ff. München und Berlin 1958.
"	Kündigungsschutzgesetz. Kommentar. 4.Auflage. München und Berlin 1961.
Alfred Hueck, Hans Carl Nipperdey, Rolf Dietz	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 3.Auflage. München und Berlin 1939.
Alfred Hueck, Hans Carl Nipperdey, Ernst Tophoven	Tarifvertragsgesetz. Kommentar. 3.Auflage. München und Berlin 1955.
Alfred Hueck, Hans Carl Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Erster Band von Alfred Hueck. 6.Auflage. Berlin und Frankfurt a.M. 1959.
Götz Hueck [1]	Arbeitsrecht - Blattei. Betriebsübung I. I Übersicht.
"	Die Betriebsvereinbarung nach dem Betriebsverfassungsgesetz des Bundes. RdA 1952, S. 366 ff.
"	Die Betriebsvereinbarung. Wesen-Inhalt-Wirkung. Münster-Köln 1952.
"	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht. München und Berlin 1958.

---

1) In den Anmerkungen im Text ist Götz Hueck mit "G.Hueck", Alfred Hueck mit "Hueck" zitiert.

Hans G. Joachim	Zur Problematik der Verdachtskündigung. ArbuR 1964, S. 33 ff.
Erwin Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.
Walter Jellinek	Verwaltungsrecht. 3.Auflage. Offenburg 1948.
"	Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. BB 1950, S. 425 f.
Jess	Art. 33 u.34, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar).
Joerges	Das Recht auf Arbeit. DAR 1936, S. 161 ff.
Dieter Jorns	Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkriege. Heidelberg 1957.
Hans-Peter Ipsen	Über das Grundgesetz. Rede. Hamburg 1950.
"	Enteignung und Sozialisierung. VDStRL Heft 10, S. 74 ff. Berlin 1952.
"	Die Hessische Bodenreform vor dem Bundesverfassungsgericht. DVBl. 1953, S. 617 ff.
"	Gleichheit. (In:) Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. II.Band, S.111 ff. Berlin 1954.
"	Staats-und verwaltungsrechtliche Fragen des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über einen Bergmannsversorgungsschein im Land Nordrhein-Westfalen vom 10.Juli 1948 (GVBl. S. 139). Rdn 1954, S. 208 ff.
Rudolf Isay	Kontrahierungszwang für Monopole? Kart. Rdsch. 1929, S. 775 ff.
Wellmut Georg Isele	Grundfragen der Aussperrung. Juristische Schulung 1964, S. 41 ff.

Kurt Kalberlah	Das Fortwirken der Fürsorgepflicht des Unternehmers über das Ende des Beschäftigungsverhältnisses hinaus. DAR 1941, S. 59 ff.
Walter Kaskel	Arbeitsrecht. 3.Auflage. Berlin 1928.
Walter Kaskel, Hermann Dersch	Arbeitsrecht. Neubearbeitet von Hermann Dersch. 4.Auflage Berlin 1932. 5. Auflage. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957.
Fritz Kastner	Das Recht der Betriebsvereinbarung. (In:) Handbuch der Betriebsverfassung, S. 87 ff. Hrsgb.Erich Bührig. Köln-Deutz 1953.
Ernesto R. Katz	Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz. (Eine internationale Übersicht). RdA 1956, S. 169 ff.
Josef Käuffer	Die Vor-und Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses. Jur. Diss. Köln 1959.
Hermann Kauffmann	Das Recht der Betriebsvereinbarung. Bemerkungen zum Beschluß des Großen Senats des BAG vom 16.3.1956. Betrieb 1956, S. 988 ff.
Hans Klinger	Verwaltungsgerichtsordnung.Kommentar. Göttingen 1960.
Ernst Knoll	Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse. AöR 79.Band (1953/54), S. 455 ff.
H. Knolle	Arbeitsbedingungen der Frau und "Grundrechte". BB 1949, s.451 ff.
Alexander Koehler	Verwaltungsgerichtsordnung. Berlin u.Frankfurt a.M. 1960.

Karl Kormann	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs-und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts. Berlin 1910.
Ewald Köst	Kommentar zum Mutterschutzgesetz. Heidelberg 1958.
Arnold Köttgen	Subventionen als Mittel der Verwaltung. DVBl. 1953, S. 485 ff.
Günther Küchenhoff	Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar. Münster Westf. 1954.
"	Gleichheit und Ungleichheit im Verfassungsrecht. JR 1959, S. 281 ff.
Walter Kühn, Erich Gerth	Die Gesetzgebung nach Artikel 131 des Grundgesetzes. Handkommentar. Köln-Detmold-Berlin-München 1951.
Manfred Kunkel	Arbeitsrecht-Blattei. Arbeitskampf V (Wiedereinstellungsklausel).
"	Gleichmäßige Behandlung im Arbeitsrecht. Der Betrieb 1953, S. 693 f.
"	Gleichbehandlung nach Streikbeendigung? BArbBl. 1953, S.7o.
Wilhelm Kroeber	Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes. Stuttgart 1931.
Herbert Krüger	Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung. NJW 1949, S. 163 ff.
"	Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat. FF 1953, S. 365 ff.

Herbert Krüger	Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung. DVBl. 1955, S. 38o ff.
"	Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung. RdA 1957, S. 2o1 ff.
Hildegard Krüger	Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht. RdA 1954, S. 365 ff.
"	Buchbesprechung: Festschrift für Nawiasky, München 1956. RdA 1956, S. 43o f.
Gerda Krüger-Nieland	§§ 1 - 24o BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 11.Auflage, I.Band,1.Teil. Berlin 1959.
P. Langheineken	Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 19o3.
Karl Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band Allgemeiner Teil. Zweiter Band Besonderer Teil. 4. Auflage. München und Berlin 196o.
Franz Laufke	Vertragsfreiheit und Grundgesetz (In:) Festschrift für Heinrich Lehmann. I.Band, s.145 ff. Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M. 1956.
Horst Leciejewski	Die Wiedereinstellung nach einem Arbeitskampf. Diss. Göttingen 196o.
Richard Lehmann	Entwicklung und Inhalt der Fürsorgepflicht des Unternehmers. Berlin-Leipzig-Wien 194o.
Gerhard Leibholz	Verfassung und Arbeitsrecht.(In:) Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, S. 21 ff. München 196o.

Walter Leisner	Grundrechte und Privatrecht. München 1960.
E.G. Leydhecker	Das Sonderarbeitsrecht der Schwerbeschädigten, Heimkehrer und Heimarbeiter. Berlin-Frohnau und Neuwied a.Rh.1953.
Lindenmaier	§ 826 BGB. Hs.Th.Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. Band II. 8.Auflage. Stuttgart 1952.
Konrad Löw	Fiskalgeltung der Grundrechte? DöV 1957, S.879 ff.
Walter A.Malachowski	Recht auf Arbeit und Arbeitspflicht. Jena 1922.
Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein	Das Bonner Grundgesetz. Band I. 2.Auflage. Berlin und Frankfurt a.M. 1957. Band II. 2.Auflage 1959.
Theodor Maunz	Deutsches Staatsrecht. 7.Auflage. München und Berlin 1958. 10.Auflage 1961.
Theodor Maunz, Günter Dürig	Grundgesetz. Kommentar. München und Berlin 1960. Art.1, 2 und 17 kommentiert von Dürig, Art. 20 von Maunz und Dürig, Art.28 von Maunz.
Wilhelm Maus	Handbuch des Arbeitsrechts. Teil VII C: Recht der Betriebsvereinbarung. Teil IV: Die rechtliche Gestaltung des Einzelarbeitsverhältnisses. Teil VI A: Beendigung des Arbeitsverhältnisses.
"	Das Recht des Arbeitsvertrags. Minden (Westf.) 1946.
"	Tarifvertragsgesetz. Kommentar. Göttingen 1956.
Vassili Mavridis	Vor-und Nachwirkungen der Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht. Arbur 1957, S. [illegible] ff.

Otto Mayer	Deutsches Verwaltungsrecht. Erster und zweiter Band. 3.Auflage. München und Leipzig 1924.
Ulrich Mayer	Der Einstellungszwang für Schwerbeschädigte. Diss. Köln 1955.
Hermann Meissinger	Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar. München 1952.
Anton Menger	Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen. Tübingen 1890.
Christian-Friedrich Menger	Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz. Recht und Staat, Heft 173. Tübingen 1953.
Merk	Aussprache. VDStRL Heft 12. Berlin 1954. S. 85 ff.
Werner Mertens	Über Kontrahierungszwang. Diss. Breslau 1929.
Johannes Messner	Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik. 3.Auflage. Innsbruck-Wien-München 1958.
Heinz Mohnen	Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses. RdA 1957, S. 361 ff. und 405 ff.
"	Nipperdey-Mohnen-Neumann, Der Dienstvertrag. Sonderausgabe aus J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 11.Auflage. Band II,3.Teil. Berlin 1958.
Erich Molitor	Zur Theorie des Vertragszwanges. Iher.Jahrb. Bd. 73 (1923), S.1 ff.
"	Das Recht auf Arbeit. Seine Anerkennung, Sanktionierung und Begrenzung. (In:) Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, S.729 ff.

Erich Molitor	Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes. AcP 151.Band (1950/51), S.385 ff.
"	Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages. 2.Auflage. Mannheim 1951.
"	Zur Frage der Gleichbehandlung von Männern und Frauen. BB 1952, S. 203 f.
"	Der Arbeitsplatz. Gutachten. BB 1952, S. 493 ff.
"	Grundsätzliches zum Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes. BlStR 1953, S. 250 ff.
"	Kündigung des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses. RdA 1955, S.41 ff.
"	Zur Streikentscheidung des Bundesarbeitsgerichts. BB 1955, S. 454 f.
"	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 5.August 1955. Kommentar. 2.Auflage. Berlin und Frankfurt a.M. 1958.
"	Arbeitsrecht-Blattei. Verpflichtung zur Erneuerung eines beendeten Arbeitsverhältnisses. - Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis X, X Nachwirkung des Arbeitsvertrages.
Herbert Monjau	Betriebsverfassungsgesetz. Köln 1952.
"	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) vom 16.Juni 1953. Kommentar. Münster/Westf. 1954.
"	Die Tragweite des Arbeitsplatzschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz. BetrV 1957, S. 70 ff.

Herbert Monjau, Wilhelm Heimeier	Tarifvertragsgesetz. Düsseldorf-Gerresheim 1950.
Ingo v.Münch	Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip. JZ 1960, S. 303 ff.
Gerhard Müller	Grundfragen des Streikrechts. RdA 1951, S. 247.
"	Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Teil I). Betrieb 1956, S. 524 ff.
Hans Nawiasky, Claus Leusser	Die Verfassung des Freistaates Bayern. Handkommentar. München, Berlin 1948.
Dirk Neumann	Nipperdey-Mohnen-Neumann, Der Dienstvertrag. Sonderausgabe aus J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 11.Auflage. Band II, 3.Teil. Berlin 1958.
Horst Neumann-Duesberg	Betriebsverfassungsrecht. Ein Lehrbuch. Berlin 1960.
Arthur Nikisch	Streik und Arbeitnehmer. Gutachten. BB 1952, S. 721 ff.
"	Zweifelsfragen aus dem Kündigungsschutzrecht. Teil I. Betrieb 1953, S. 647 ff.
"	Kündigungsschutz bei sogenannten Kettenverträgen und bei befristeten Arbeitsverträgen? BB 1955, S. 197 ff.
"	Streik und Aussperrung in der Sicht des Bundesarbeitsgerichts. JZ 1955, S. 440 ff.
"	Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955. SAE 1956, S. 11.

Arthur Nikisch	Aussperrung und Wiedereinstellung. RdA 1956, S. 325 ff.
"	Arbeitsrecht. I.Band: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht. 2.Auflage, Tübingen 1955. II.Band: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht. 2.Auflage 1959.
Hans Carl Nipperdey	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. Jena 192o.
"	Beiträge zum Tarifrecht. Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.
"	Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch. Mannheim-Berlin-Leipzig 1929.
"	Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. RdA 195o, S.121 ff.
"	Gleicher Lohn für gleiche Leistung. Rechtsgutachten. BB 1951, S. 282 ff.(Kurzfassung).
"	Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand? BB 1951, S.593 ff.
"	Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29.Mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten. Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände. Heft 9. Köln 1953.
"	Aussprache. VDStRL Heft 12. Berlin 1954. S.85 ff.

Hans Carl Nipperdey	Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik. Vortrag. Karlsruhe 1954.
"	Die Würde des Menschen. (In:) Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte.II.Band,S.1 ff. Berlin 1954.
"	Freie Entfaltung der Persönlichkeit. (In:) Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte.IV.Band,S.741 ff. Berlin 1962. Zus.mit G. Wiese.
"	Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung. Grundsätzliches zur Frage seiner Rechtswidrigkeit. (In:) Festschrift für Friedrich Sitzler, S.79 ff.Stuttgart 1956.
"	Lehrbuch des Arbeitsrechts. (Erster Band von Alfred Hueck). Zweiter Band. 6.Auflage. Berlin u. Frankfurt a.M. 1957.
"	Boykott und freie Meinungsäusserung. DVBl. 1958, S. 445 ff.
Hermann Nolte	Der gegenwärtige Stand der Lehre vom Kontrahierungszwang. DR 1941, S. 2389 ff.
Paul Oertmann	Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
Gert Olbersdorf	Grundrechte und Arbeitsverhältnis. ArbuR 1958, S. 193 ff.
W. Otto	Der Beamte als Träger der Staatshoheit. ZBR 1956, S. 233 ff.
Hans Peters	Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel. (In:) Festschrift für Rudolf Laun, S. 669 ff. Hamburg 1953.
Gerhard Pfennig	Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen. Berlin 1960.

W. Pohl	Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar von W.Mansfeld, W.Pohl, G.Steinmann, A.B.Krause, 2.Auflage. Berlin-Leipzig-Mannheim-München 1934.
Heinz Potthoff	Staatsakt als Vertragsersatz im Arbeitsrechte. LZ 1928, Sp. 44o ff.
Gustav Radbruch	Artikel 157 Absatz 1. Arbeitskraft. (In:) Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Hergb. H.C. Nipperdey. Dritter Band, S.349 ff. Berlin 1930.
Ludwig Raiser	Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht. ZfHR 111. Band (1948), S. 75 ff.
"	Vertragsfreiheit heute. JZ. 1958, S. 1 ff.
Rudolf Reinhardt	Grundsätzliches zum Recht auf Wiedereinstellung entnazifizierter Arbeitnehmer. RdA 1950, S. 85 ff.
W.Reuß, W.Siebert	Die konkrete Ordnung des Betriebes. 3. Auflage. Berlin-Leipzig-Wien 1943. S.9 bis 53: Reuß, Die konkrete Ordnung des Betriebes als Rechtsquelle.
W.Reuß	Der sogenannte "Käuferstreik". Der Boykott als wirtschaftliches Kampfmittel. AcP Band 156 (1957), S. 89 ff.
"	Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips. (In:) Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 10, S. 7-31. Stuttgart 1960.
"	Wirtschaftsverwaltungsrecht I (In:) M.von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band VIII Erster Halbband. Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
Otto Reuter	Gleichbehandlung nach beendetem Streik. ArbuR 1954, S. 289 ff.
Hans-Dietrich Rewolle	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz). Handkommentar. Loseblattsammlung.

Hans-Dietrich Rewolle, Joachim Lorentz	Personalvertretungs-Gesetz. Kommentar. Göttingen 1955.
Reinhardt Richardi	Die betriebliche Übung - ihre rechtliche Bedeutung - insbesondere ihr Verhältnis zur Betriebsvereinbarung. RdA 1960, S. 401 ff.
Lothar Richter	Das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter. Berlin 1927.
Georg Rogge	Wiedereinstellung nach Streik. Diss. Hamburg 1955.
Theodor Rohlfing, Hans-Dietrich Rewolle	Kündigungsschutzgesetz. Der Wirtschaftskommentator. Band B I/ 4a. Frankfurt/Main 1959.
Rohwer-Kahlmann	Die Ausgleichsabgabe bei Nichtbeschäftigung von Schwerbeschädigten. RdA 1953, S. 57 ff.
Hanns Röttgen, Hubert Lenz, Wolfgang Lenz	Das Recht der unter Artikel 131 Grundgesetz fallenden Personen. Bonn 1951.
H. Rüfer	Kontrahierungszwang im Einzelhandel. DR 1940, S. 702 ff.
Heinz Sahmer	Betriebsverfassungsgesetz. Der Wirtschaftskommentator Teil B, B III/1. Frankfurt/Main 1960.
Walter Schätzel	Welchen Einfluß hat Art.3 Abs.2 des Bonner Grundgesetzes auf die nach dem 24.Mai 1949 geschlossenen Einzelarbeits-und Tarifverträge? RdA 1950, S. 248 ff.
Ulrich Scheuner	Grundfragen des modernen Staates. (In:) Recht Staat Wirtschaft. Dritter Band, S. 129 ff. Düsseldorf 1951.
	Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes. (In:) Recht Staat Wirtschaft. Vierter Band, S. 88 ff. Düsseldorf 1953.

Ulrich Scheuner	Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung. (In:) Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen von Rudolf Reinhardt und Ulrich Scheuner. S. 63 ff. Tübingen 1954.
"	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz. VDStRL Heft 11, S. 1 ff. Berlin 1954.
K. Schlessmann	Schranken der Mitbestimmung. Betrieb 1952, S. 1088 f.
Hans Gotthard Schmaltz	Die Entlassung. Stichworte zum Entlassungsrecht. 5.Ausgabe. Hamburg 1951.
Karl-Heinrich Schmidt	Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein im Land Nordrhein-Westfalen. Münster/Westf. 1955.
"	Zum Recht des Bergmannsversorgungsscheines und zum Schwerbeschädigtenrecht (Eine Erwiderung). ArbuR 1957, S. 263 ff.
Walter Schmidt-Rimpler, Paul Gieseke, Ernst Friesenhahn und Alexander Knur	Die Lohngleichheit von Männern und Frauen. Zur Frage der unmittelbaren Einwirkung des Art.3 II u.III des Grundgesetzes auf Arbeits-und Tarifverträge. Rechtsgutachten. AöR 76.Band (1950/51), S.165 ff.
Carl Schmitt	Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.
Ludwig Schnorr von Carolsfeld	Arbeitsrecht. 2.Auflage. Göttingen 1954.
H. Schoppen	Das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12.Januar 1923 2.Auflage. Berlin 1930.

Adolf Schüle	Buchbesprechung: Festschrift für Nawiasky, München 1956. AöR Band 82 (1957), S. 368 ff.
Martin Sellmann	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter. - Schwerbeschädigtengesetz -. Köln-Berlin 1954.
Wolfgang Siebert	Reuß-Siebert: Die konkrete Ordnung des Betriebes. 3.Auflage. Berlin-Leipzig-Wien 1943. S.54 bis 141: Siebert, Zur konkreten Ordnung des Betriebes.
"	Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. (In:) Festschrift für Hans Niedermeyer, S. 215 ff. Göttingen 1953.
"	Ruhegeldanspruch aus Billigkeitsgründen? BB 1954, S. 658.
"	Unternehmerrisiko, betriebliche Übung und Arbeitsvertrag. Gutachten. BB 1955, S. 869 ff.
Fritz Siebrecht	Das Recht im Arbeitskampf. 2.Auflage. Köln 1956. Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände. Heft 14.
Karl Sieg	Wesen und Geltung der Betriebsübung. RdA 1955, S. 441 ff.
Stampe	Aus einem Freirechtslehrbuch. AcP 108.Band, S. 42 ff.
Heinrich Stoll	Vertragsfreiheit. Artikel 152. (In:) Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Hrsgb. H.C.Nipperdey. Dritter Band, S. 175 ff. Berlin 1930.
Walter Stoll	Gleichbehandlung nach Streikbeendigung. BArbBl. 1953, S.71 ff.

Walter Stree und Spitzbarth	Gesetzliche Schranken für vertragliche Wettbewerbsverbote. NJW 1954, S. 1025 ff.
Walter Stree	Strafantrag und Gleichheitssatz. DöV 1958, S. 172 ff.
Günther Trieschmann	Soziale Menschenrechte, internationale Normen und deutsches Arbeitsrecht. BArbBl. 1956, S. 452 ff.
Andreas von Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Erste Hälfte. München und Leipzig 1914.
Giesbert Uber	Freiheit des Berufs. Artikel 12 des Grundgesetzes. Hamburg 1952.
Arthur Fr. Utz	Das Recht auf Arbeit. Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie Band 38 (1949/50), S. 350 ff.
H.G. van Dam, Heinz Loos	Bundesentschädigungsgesetz. Kommentar. Berlin und Frankfurt a.M. 1957.
Otto Vielhaber	Der Arbeitsplatz. BB 1953, S. 31 f.
Bernhard Walter	Betriebsverfassungsgesetz und tarifliche Praxis. BB 1953, S. 89 ff.
Wilhelm Weber	J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b: § 242. 11.Auflage. Berlin 1961.
Oscar Weigert	Artikel 163. Betätigungspflicht und Arbeitslosenhilfe. (In:) Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Hrsgb. H.C.Nipperdey. Dritter Band, S. 485 ff. Berlin 1930.

Fritz Werner	Fragen des Rechtsschutzes im Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen. DVBl. 1951, S. 563 ff.
"	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung. AöR Band 81 (1956), S.93 ff.
Franz Wieacker	Vertragsbruch aus Gewissensnot. JZ 1954, S. 466 ff.
Hans Wilden	Die Entschädigung des unselbständig Tätigen nach dem BEG. NJW 1954, S. 1713 ff.
Hermann Wilrodt, Otfried Gotzen	Schwerbeschädigtengesetz. Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 16.Juni 1953. Kommentar. München und Berlin 1953.
Heinrich Wimpfheimer	Kontrahierungszwang für Monopole. Kart. Rdsch. 1929, S.1 ff.
"	Zur Frage des Kontrahierungszwanges. Kart. Rdsch. 1929, S. 511 ff.
Josef M. Wintrich	Zur Problematik der Grundrechte. Köln und Opladen 1957.
H.J. Wolff	Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen Reflexrechten insbesondere im Fürsorgerecht. (In:) Festschrift zur Feier des 25-jährigen Bestehens der Westfälischen Verwaltungsakademie in Münster und der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Industriebezirk Sitz Bochum. Berlin 1950. S. 119 ff.
"	Verwaltungsrecht I. 3.Auflage. München und Berlin 1959.
Albrecht Zeuner	Zum Problem der betrieblichen Übung. Gutachten. BB 1957, S. 647 ff.

Herbert Zigan, Fritz Sabin	Tarifvertragsgesetz. Kurzkommentar. Erschienen 1949.
Herbert Zigan	Wiedereinstellungsanspruch eines wegen Teilnahme am Streik entlassenen Schwerbeschädigten. BB 1952, S. 321.
"	Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz. Heidelberg 1953.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	=	am angeführten Ort
Abs.	=	Absatz
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
amtl.Begr.	=	amtliche Begründung
Anm.	=	Anmerkung
AOG	=	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AöR	=	Archiv für öffentliches Recht
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG, ArbGer.	=	Arbeitsgericht
AR-Blattei, ARBl.	=	Arbeitsrecht-Blattei
ArbuR	=	Arbeit und Recht
AR-Handb.	=	Handbuch des Arbeitsrechts
ARS	=	Arbeitsrechtsprechung
ARSt	=	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
BABl., BArbBl.	=	Bundesarbeitsblatt
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BAnz	=	Bundesanzeiger
BB	=	Der Betriebsberater
BBG	=	Bundesbeamtengesetz
Bd.	=	Band
BDH	=	Bundesdisziplinarhof
BEG	=	Bundesentschädigungsgesetz
Bem.	=	Bemerkung

BetrV	=	Die Betriebsverfassung
BetrVG	=	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	=	Bundesgesetzblatt
BGHZ	=	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlStR	=	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BRG	=	Betriebsrätegesetz
BTDrs.	=	Bundestagsdrucksache
Buchst.	=	Buchstabe
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht, zugleich Entscheidungssammlung
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht, zugleich Entscheidungssammlung
BVSG	=	Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein
BWGöD	=	Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes
bzw.	=	beziehungsweise
DAR	=	Deutsches Arbeitsrecht
ders.	=	derselbe
Diss.	=	Dissertation
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DöV	=	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	=	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	=	Durchführungsverordnung
E	=	Entscheidungssammlung

Erl.	=	Erläuterung
ESVGH	=	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes
EVO	=	Eisenbahnverkehrsordnung
f.	=	und folgende Seite
ff.	=	und folgende Seiten
FamRZ	=	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Festschr.f.	=	Festschrift für
GBl.	=	Gesetzblatt
GewO	=	Gewerbeordnung
GG	=	Grundgesetz
Gruch Beitr.	=	Gruchot-Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GS	=	Großer Senat
GüKG	=	Güterkraftverkehrsgesetz
GVBl.	=	Gesetz-und Verordnungsblatt
HGB	=	Handelsgesetzbuch
HKG	=	Heimkehrergesetz
HRR	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsgb.	=	Herausgeber
i.d.F.	=	in der Fassung
i.d.R.	=	in der Regel
Ihering Jahrb.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	=	Juristische Rundschau
i.S.	=	im Sinne
i.V.	=	in Verbindung

JW	=	Juristische Wochenschrift
Kart.Rdsch.	=	Kartell-Rundschau. Monatsschrift für Kartell-und Konzernwesen.
KG	=	Kammergericht
Komm.	=	Kommentar
KSchG	=	Kündigungsschutzgesetz
LAG	=	Landesarbeitsgericht
Lehrb.	=	Lehrbuch
LG	=	Landgericht
LM	=	Lindenmaier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs.
LVG	=	Landesverwaltungsgericht
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs-und Versicherungsrecht
Motive	=	Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MSchG	=	Mutterschutzgesetz
Nds.GVBl.	=	Niedersächsisches Gesetz-und Verordnungsblatt
Nds.Rpfl.	=	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	=	Nordrhein-Westfalen
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
OVGE	=	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
PBefG	=	Personenbeförderungsgesetz
PVG	=	Bundespersonalvertretungsgesetz
RAG	=	Reichsarbeitsgericht
RdA	=	Recht der Arbeit

RegBl.	=	Regierungsblatt
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt
RGRK	=	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	=	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RzW	=	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
S.	=	Seite
SAE	=	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwG	=	Schwerbeschädigtengesetz
SJZ	=	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	=	siehe oben
sog.	=	sogenannt
Sp.	=	Spalte
ständ.Rspr.	=	ständige Rechtsprechung
StGB	=	Strafgesetzbuch
s.u.	=	siehe unten
TVG		Tarifvertragsgesetz
TVO	=	Tarifvertragsverordnung
u.a.		und andere, unter anderem
u.U.		unter Umständen
VA	=	Verwaltungsakt
VDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Verw.Rspr.		Verwaltungs-Rechtsprechung
Verw.Vorschr.	=	Verwaltungs-Vorschrift
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
vgl.		vergleiche

VO	=	Verordnung
Vorbem.	=	Vorbemerkung
Warn.Rspr.	=	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Otto Warneyer.
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung
WuW	=	Wirtschaft und Wettbewerb. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Marktorganisation
ZBR	=	Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik
ZfHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZgesStW	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zust.	=	zustimmend
Ztschr.	=	Zeitschrift

Einführung

Die Arbeitskraft ist das "höchste wirtschaftliche Gut"[1] des arbeitenden Menschen [2]. Sie bildet darüber hinaus die Grundlage für die Erlangung sozialen Ansehens und verschafft jedem die Möglichkeit persönlichen Erfolges. Der arbeitende Mensch drängt auf eine angemessene Betätigung seiner Schaffenskraft, um seine Existenz zu sichern, um innere Befriedigung zu erfahren und um die Anerkennung der Gemeinschaft zu erlangen. Zur Verwertung seiner Arbeitskraft ist er - soweit er nicht selbständig ist - auf die Einräumung eines Arbeitsplatzes durch einen anderen angewiesen. Auch in Zeiten wirtschaftlicher Blüte wird es nicht jedem leicht fallen, den seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechenden Arbeitsplatz zu finden oder überhaupt eine Beschäftigung zu erhalten. In Krisenzeiten aber tritt die Bedeutung des Arbeitsplatzes allgemein hervor. Der Arbeitslose, der keinen Arbeitsplatz finden kann, ist in seiner Persönlichkeit unausgefüllt und daher unzufrieden und fällt der Allgemeinheit durch die Inanspruchnahme finanzieller Unterstützung zur Last. Es mag daher als erstrebenswertes Ziel erscheinen, jedem ein R e c h t a u f A r b e i t [3], d.h. auf Verschaffung eines Arbeitsplatzes einzuräumen [4]. Indessen kann die Garantie eines

---

1) Sozialisierungsgesetz vom 23. März 1919, RGBl. S.341, § 1 Abs.II

2) Die Arbeitskraft stand nach Art.157 Abs.I WRV "unter dem besonderen Schutz des Reichs". Vgl. dazu Radbruch, S.349 ff.

3) Zur Geschichte des Rechts auf Arbeit siehe Malachowski, S.26 ff.

4) vgl. Molitor, Recht auf Arbeit, S. 729 ff.

solchen Rechtes vom Staate nicht verlangt werden. Obwohl ein jeder ein begründetes Interesse daran hat, zwecks Betätigung seiner Arbeitskraft einen angemessenen Arbeitsplatz zu erhalten, kann es doch in einem Staate mit freiheitlicher Wirtschaftsordnung kein allgemeines Recht auf Arbeit geben. Bestünde es gegenüber den Unternehmern, so würde deren Recht auf freie Auswahl ihrer Mitarbeiter, d.h. ihre Vertragsfreiheit, in unzulässiger Weise eingeschränkt. Auch gegen den Staat kann es kein Recht auf Arbeit geben. Dieser verfügt nur in begrenztem Umfange über eigene Arbeitsplätze. Er müßte der Privatwirtschaft die gesetzliche Pflicht auferlegen, alle Arbeitslosen unterzubringen. Das würde wiederum zu einer unzulässigen Einschränkung der Vertragsfreiheit führen [5]. So unterliegt es keinem Zweifel, daß das allgemeine Recht auf Arbeit eine "soziale Forderung ohne aktuellen Rechtswert"[6] ist, die in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nicht verwirklicht werden kann [7]. Nur in einer vollendeten Planwirtschaft kann jedem ein Recht auf Arbeit eingeräumt werden. Ihm würde allerdings zwangsläufig eine Pflicht zur Arbeit gegenüberstehen [8]

Dennoch proklamieren mehrere Landesverfassungen ähnlich wie Art. 163 Abs.II der Weimarer Reichs-

---

5) vgl. Weigert, S. 505; Herschel, Grundrechte, S. 330.

6) Uber, S.81.

7) Bentele, S. 57; Nikisch, I.Bd. S. 34 ff; Radbruch, S. 354; Weigert, S.487; Scheuner, Recht Staat Wirtschaft, IV. Bd., S. 97; Messner, S. 969; Malachowski, S. 71; Trischmann, S. 452; Joerges, S. 161 ff.

8) Molitor, Recht auf Arbeit, S. 743.

verfassung ein "Recht auf Arbeit" [9]. Dabei handelt es sich aber um bloße Programmsätze [10], die eine Anweisung an den Gesetzgeber darstellen und für den Staat nur die Verpflichtung begründen, eine Beschäftigungspolitik zu betreiben, die eine optimale Unterbringung der Arbeitslosen erwarten läßt [11]. Der Staat muß insbesondere durch Arbeitsvermittlung allen Arbeitnehmern bei der Suche nach einem angemessenen Arbeitsplatz behilflich sein [12]. Soweit nicht alle Arbeitsuchenden einen Arbeitsplatz finden können, sind sie ersatzweise vom Staat durch Gewährung einer Rente zu unterstützen [13].

Das Grundgesetz gewährt zwar nicht ausdrücklich ein Recht auf Arbeit, es kann aber aus der Sozialstaatsklausel hergeleitet werden. Ihm kommt jedoch keine andere Bedeutung zu als dem in den Landesverfassungen proklamiertem Recht auf Arbeit [14].

---

9) Bayern, Art. 166 Abs.II; Berlin, Art.12 Abs. I S.1; Bremen, Art. 8 Abs.I; Hessen, Art.28 Abs. II; Nordrhein-Westfalen, Art.24 Abs.I S.3; Rheinland-Pfalz, Art. 53, Abs.II; Saarland, Art. 45 S.1.

10) a.A. Schnorr von Carolsfeld S.21.

11) Bayer. Verfassungsgerichtshof, Betrieb 1960, S. 1394; Herschel, Grundrechte, S.329; Hueck, I.Bd., S. 348; Geller in Geller-Kleinrahm, Art.24, Erl.3; Nawiasky in Nawiasky-Leusser, Erl. zu Art.166; Scheuner, Recht Staat Wirtschaft, IV.Bd., S.98; Molitor, Recht auf Arbeit, S.739; von Mangoldt-Klein, I.Bd., Vorbem. A IV 3 vor Art. 1 GG.
Bezüglich Art.163 Abs.II WRV: Leibholz, S.34; Anschütz, 14.Aufl., Art.163 Anm.3; Kaskel, 3.Aufl. S.89 Anm.1; Weigert, S. 486 u. 501; zu allen vgl. Malachowski, S.77 ff.

12) Weigert, S.502; Schmitt, S.169; Molitor, Recht auf Arbeit, S.740; Malachowski, S.130 ff.

13) so schon Adler-Mayer, S.53 u. 54.

14) Münch, S. 303.

Wenn es auch in der Rechtswirklichkeit kein a l l g e m e i n e s Recht auf Arbeit geben kann, da es in unlösbaren Konflikt mit der allgemeinen Vertragsfreiheit der Unternehmer geraten würde, so gibt es doch eine naturrechtliche Forderung, daß jedem Menschen die Betätigung seiner Schaffenskraft zu ermöglichen ist [15]. Dieses Recht kann in E i n z e l f ä l l e n von der Rechtsordnung anerkannt werden, indem staatlichen oder privaten Arbeitgebern die Pflicht zur Einräumung von Arbeitsplätzen an Arbeitsuchende auferlegt wird. Dabei genügt es nicht allein, daß die Arbeitgeber den Arbeitsuchenden eine tatsächliche Beschäftigungsmöglichkeit bieten. Vielmehr müssen sie zuvor mit den begünstigten Arbeitnehmern einen Arbeitsvertrag abschließen, damit der Arbeitsplatz rechtlich gesichert ist. Dieser Vorgang ist als Einstellung zu bezeichnen. Der Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer einstellen muß, hat mit ihm einen Arbeitsvertrag abzuschließen und ihn gegen Entgelt auf Grund dieses Vertrages zu beschäftigen.

Bei der Einstellung ist zwischen N e u einstellung und W i e d e r einstellung zu unterscheiden. Ein Arbeitnehmer, der n e u eingestellt wird, stand zuvor nie in Rechtsbeziehungen zu dem Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer, der w i e d e r eingestellt wird, war bereits im Betriebe des Arbeitgebers beschäftigt. Die Neueinstellung wird im folgenden kurz als Einstellung bezeichnet und in Gegensatz zur Wiedereinstellung gesetzt. Die Wiedereinstellung ist nicht mit der Weiterbeschäftigung zu verwechseln. Bei der Weiterbeschäftigung lebt ein ruhendes

---

15) Utz, S. 350 ff (359); Bentele, S.5.

(suspendiertes) Arbeitsverhältnis wieder auf. Demgegenüber wird bei der Wiedereinstellung das Arbeitsverhältnis durch Abschluß eines Arbeitsvertrages neu begründet, nachdem der Arbeitnehmer zuvor entlassen worden ist. Obwohl auch bei der Wiedereinstellung neue Vertragsbeziehungen angeknüpft werden, ist u.U. das frühere Arbeitsverhältnis beim Abschluß des neuen Arbeitsvertrages zu berücksichtigen. Wenn ein Arbeitsgeber zur Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers verpflichtet ist, so muß er grundsätzlich einen dem früheren Arbeitsverhältnis entsprechenden neuen Arbeitsvertrag abschließen. Der Arbeitnehmer hat zwar durch seine frühere Betriebszugehörigkeit kein Recht auf die Arbeitsstelle erworben. Ein Wiedereinstellungsanspruch ist aber nur sinnvoll, wenn er die Wiedereinräumung alter Rechte und Anwartschaften mit umfaßt. Andernfalls würde der Arbeitnehmer den Anspruch kaum geltend machen; denn an dem Abschluß eines Arbeitsvertrages zu erheblich ungünstigeren Bedingungen wäre ihm wenig gelegen.

Die Fälle, in denen der Arbeitsgeber zur Einstellung oder zur Wiedereinstellung eines oder mehrerer Arbeitsnehmer verpflichtet ist, bilden die Ausnahme. Im Prinzip herrscht auf Grund unserer freiheitlichen Wirtschaftsordnung eine Arbeitsvertragsfreiheit. Die Arbeitgeber sind in ihrer Auswahl unter dem Angebot der Arbeitskräfte frei. Sie können bestimmte Bewerber einstellen und andere ohne Angabe von sachlichen Gründen abweisen. Jede Freiheit aber hat ihre Grenzen, insbesondere in einem sozialen Rechtsstaat. Der Widerstreit zwischen dem Interesse des Arbeitge-

bers an der freien Auswahl seiner Arbeitskräfte und dem Interesse der Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatz ist in Sonderfällen zugunsten der Arbeitnehmer zu entscheiden. - Mag auch ein Arbeitgeber aus den verschiedenartigsten Gründen zum Abschluß von Arbeitsverträgen verpflichtet sein, letztlich haben alle Einstellungs- und Wiedereinstellungspflichten einen gemeinsamen Ursprung: das überpositive, naturrechtliche Recht eines jeden Menschen auf Arbeit, das von der Rechtsordnung verwirklicht wird, wenn der arbeitende Mensch ein besonders schutzwertes Interesse an der Einräumung eines Arbeitsplatzes hat.

Erster Hauptteil

Die Pflicht zur Einstellung von Arbeitnehmern.

Erster Abschnitt.

Einstellungspflicht auf Grund von Spezialgesetzen.

A. Das Schwerbeschädigtengesetz.

I. Sinn und Aufgabe des Gesetzes.

Das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (SbG) vom 16.Juni 1953 [1] hat die Wiedereingliederung der Schwerbeschädigten, insbesondere der Kriegsversehrten, in das Arbeitsleben zum Ziel. Es stellt ein Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat (Art.20, 28 GG) dar [2]. Es erhebt die sittliche Pflicht der Allgemeinheit, die Schwerbeschädigten wieder in den Kreis der Berufstätigen aufzunehmen, zur Rechtspflicht [3].

Den Unternehmern fällt die Aufgabe zu, diese Pflicht zu erfüllen. Der Staat verfügt selbst nicht über eine ausreichende Zahl von Arbeits-

---

1) BGBl. I S. 389; geändert durch Gesetz vom 3.Juli 1961, BGBl. I S. 857. Neufassung vom 14. August 1961, BGBl. I S. 1234.

2) Amtl.Begr. BTDrs. Nr. 3430, 1.Wahlperiode, S. 20; Leydhecker, Vorwort; Rewolle, SbG-Komm., § 1 Anm. I.

3) vgl. amtl.Begr., a.a.O. S.16 ff; Rewolle, a.a.O.; Bobrowski, S.64; Gröninger, Einführung, S. 2; Heimeier, D.1. (S.12); Leydhecker, Vorwort; Nikisch, I.Bd. S.170; U.Mayer, S.4.; Becker SbG-Komm., Einführung, S.55; ders., BABl. 1953, S. 325 ff.

plätzen, um alle Kriegsversehrten unterzubringen. Die Einstellungspflicht zugunsten Schwerbeschädigter stellt deshalb eine besondere Art von Lastenausgleich dar. Der Gesetzgeber hat den moralischen Anspruch der Kriegsversehrten auf Ausgleich ihres Opfers für die Allgemeinheit durch die Hilfe derer, die dazu in der Lage sind, anerkannt. Ausgleich kann hier nur durch die dem besonderen Schicksal der Schwerbeschädigten angemessene Hilfe erfolgen: durch die Einräumung eines geeigneten Arbeitsplatzes. Der Versehrte soll sich durch den Erwerb seines Lebensunterhalts als vollwertiges Glied der Gemeinschaft fühlen. Eine Rente kann diese Aufgabe nicht erfüllen.

II. Geschichte des Schwerbeschädigtenschutzes.

Die staatliche Kriegsbeschädigtenfürsorge beschränkte sich vor 1914 auf Geldentschädigung und Heilbehandlung. Der Einstellungszwang zugünsten Schwerbeschädigter wurde erstmals durch die Demobilmachungsverordnung vom 9.1.1919 eingeführt. Die Vorschriften der Verordnung wurden in das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 6.4.1920 übernommen. Die endgültige Regelung erfolgte durch das Gesetz vom 12.1.1923, das bis 1945 maßgebend war. - Nach dem Zusammenbruch erließen zunächst die Besatzungsmächte und später die einzelnen Länder die wegen der vielen Kriegsbeschädigten dringend erforderlichen Vorschriften. Die daraus entstandene Rechtszersplitterung wurde durch das SbG von 1953 beseitigt, das durch das Gesetz vom 3.Juli 1961 geändert wurde [4].

4) vgl. Hueck, I.Bd., S.695; Becker, SbG-Komm., Einführung.

III. Die Einstellungspflicht nach § 3 des Gesetzes.

1. Begünstigter Personenkreis.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Schwerbeschädigten (§ 1) und Gleichgestellten (§ 2). Außerdem sieht es die bevorzugte Beschäftigung von Witwen und Ehefrauen der Kriegs- und Arbeitsopfer im öffentlichen Dienst vor, die allerdings nicht in den vollen Gesetzesschutz einbezogen sind (§ 8). Schwerbeschädigte i.S. von § 1 sind Deutsche, die durch Kriegsverletzung, nationalsozialistische Verfolgung oder Arbeitsunfall in ihrer Erwerbsfähigkeit dauernd um wenigstens 50% behindert sind. § 1 Abs.II erstreckt den Schutz auf Zivilblinde, § 1 Abs.III in bestimmten Fällen auch auf Nichtdeutsche. Gleichgestellte i.S. des § 2 Abs.I sind die in § 1 genannten Personen, die dauernd um mindestens 30 % erwerbsbehindert sind. Sie können auf ihren Antrag hin den Schwerbeschädigten gleichgestellt werden. § 2 Abs.II sieht unter bestimmten Voraussetzungen die Gleichstellung von nicht in § 1 genannten Personen vor, die um wenigstens 50 % erwerbsbehindert sind. - § 4 gibt den S c h w e r s t beschädigten eine bevorzugte Stellung [5].

Nach dem Änderungsgesetz vom 3.Juli 1961 werden zu den Schwerbeschädigten auch Deutsche gerechnet, die im zivilen Ersatzdienst [6] eine Dienstbeschädigung erlitten haben. Schwerbeschädigte sind danach fernerhin Personen, die nach dem

---

5) Zu dem geschützten Personenkreis vgl. im einzelnen §§ 1,2,4,8 SbG und U.Mayer, S.31 ff; Hueck, I.Bd., S.696 ff.

6) Gesetz vom 13. Januar 1960, BGBl. I S.10.

8.Mai 1945 im sowjetisch besetzten Teil Deutschlands durch politische Verfolgung gesundheitlich geschädigt wurden (§ 1 Abs.I Buchst.a) und d)). Auch diese Personen müssen um wenigstens 50 % erwerbsbehindert sein.

2. Kreis der verpflichteten Arbeitgeber und Umfang der Einstellungspflicht.

Adressaten der Einstellungspflicht sind die in § 3 SbG bezeichneten Arbeitgeber. Mit dem Änderungsgesetz vom 3.Juli 1961 ist der Kreis der Einstellungspflichtigen eingeengt und die Pflichtquote der einzustellenden Schwerbeschädigten herabgesetzt worden. Künftig müssen öffentliche und private Betriebe mit mehr als 15 Arbeitnehmern und die öffentlichen Verwaltungen mit mehr als 9 Arbeitsnehmern mindestens einen Schwerbeschädigten einstellen. Davon unberührt müssen in den dem Gesetz unterworfenen öffentlichen und privaten Betrieben mindestens 6 %, in den öffentlichen Verwaltungen mindestens 10 % der vorhandenen Arbeitsplätze mit Schwerbeschädigten besetzt werden (§ 3 Abs.I SbG).

Die Lockerung der Einstellungspflicht ist in den veränderten Verhältnissen seit 1953 begründet. Da die Mehrzahl der unter den Gesetzesschutz fallenden Personen bereits einen Arbeitsplatz gefunden hat, bzw. aus dem Berufsleben endgültig ausgeschieden ist, konnte das Gesetz eine für die Arbeitgeber günstigere Regelung treffen. Andererseits jedoch hat das Änderungsgesetz durch die Erweiterung des geschützten Personenkreises neuen Situationen Rechnung getragen. Es wendet sich langsam von seiner ursprünglichen Zielsetzung, dem "Lastenausgleich" ab und weist

die Richtung auf eine allgemeine Unterbringungspflicht zugunsten a l l e r körperbehinderten Arbeitnehmer, die in Frankreich geltendes Recht ist[7].

3. Bedeutung des § 3: Kontrahierungspflicht.

§ 3 Abs.1 SbG bestimmt, daß die Arbeitgeber Schwerbeschädigte "beschäftigen" müssen. Trotz dieser unklaren Ausdrucksweise des Gesetzes wird den Arbeitgebern [8] damit eine Einstellungspflicht auferlegt [9]. Sie müssen mit den Schwerbeschädigten Arbeitsverträge abschließen[10] und sie außerdem tatsächlich beschäftigen [11]. § 3 Abs.1 begründet für die Arbeitgeber eine

---

7) Gesetz vom 23.11.1957 über die Wiedereingliederung der körperbehinderten Arbeitnehmer.

Art.1 Abs.1: "Das vorliegende Gesetz hat die Beschäftigung der körperbehinderten Arbeitnehmer zum Gegenstand..."

Abs.2: "Körperbehinderter Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, deren Möglichkeiten, einen Arbeitsplatz zu erlangen oder zu behalten, infolge einer körperlichen oder geistigen Unzulänglichkeit bzw. Schwächung vermindert sind."

8) Gleichgültig ist die Staatsangehörigkeit des Arbeitgebers. Es gilt das Territorialitätsprinzip; Hueck, I.Bd., S.702; Nikisch, I.Bd., S.175; Becker, SbG-Komm., Einführung S.55.

9) Nikisch, I.Bd.,S.174; Zigan, SbG-Komm., § 3 Anm.16; Kaskel-Dersch, 4.Aufl., S.159; Monjau, SbG-Komm., § 3 Anm.3; U.Mayer, S.35.

10) Nikisch, I.Bd., S.178; Zigan, SbG-Komm., § 3 Anm.17; Wilrodt-Gotzen, § 10 Anm.18.

11) Becker, SbG-Komm., § 3 Anm3; Wilrodt-Gotzen, § 3 Anm.11; U.Mayer, S. 37; LAG Stuttgart, AP 1951, Nr. 177; Hueck, I.Bd., S.255 mit weiteren Angaben.

Kontrahierungspflicht [12], von der man spricht, sobald die Rechtsordnung den einzelnen zum Abschluß von Verträgen zwingt [13]. Der Begriff des Kontrahierungszwangs wurde 1893 von Biermann [14] geprägt und erstmals von Nipperdey näher untersucht [15]. Kontrahierungszwang ist Abschlußzwang, der dem Individuum von der Rechtsordnung unabhängig von seinem Willen auferlegt wird. Er ist demnach willensfremder Zwang [16]. Von Kontrahierungszwang kann nicht die Rede sein, wenn sich der einzelne freiwillig selbst verpflichtet, einen Vertrag abzuschließen, z.B. durch Vorvertrag; denn in diesem Falle liegt in Wahrheit kein Zwang, sondern freiwillige Selbstbindung vor [17]. Ebenso besteht keine Abschlußpflicht bei rein tatsächlichem Zwang zum Vertragsschluß [18]. Kontrahierungszwang ist Rechtszwang [19], der durch eine Norm der Rechtsordnung geschaffen wird.

Der Begriff des Kontrahierungszwanges umfaßt jedoch nicht nur die Abschlußpflicht, sondern außerdem die Verpflichtung, Verträge bestimmten

---

12) Nikisch, I.Bd., S.178; Kaskel-Dersch, 4.Aufl., S.159; Zigan, SbG-Komm., § 3 Anm.17; Wilrodt-Gotzen, § 10 Anm. 18.

13) Zur geschichtlichen Entwicklung des Kontrahierungszwanges siehe Hergt, S.37 bis 39.

14) Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, Iher. Jahrbuch, Bd. 32, S.267.

15) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

16) Nipperdey, Kontrahierungszwang ..., S. 15; U. Mayer, S.22; Mertens, S.16; Bothe, S.12.

17) Nipperdey, a.a.O., S. 15.

18) Nipperdey, a.a.O., S. 12.

19) Biermann, S. 267.

Inhalts abzuschließen und das Verbot, diese Verträge - soweit es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt - ohne weiteres wieder aufzulösen[20]. Andernfalls würde der Kontrahierungszwang ohne Wirkung bleiben. Im Falle des SbG verhindert der besondere Kündigungsschutz der §§ 14 ff., daß sich der Arbeitgeber seiner Beschäftigungspflicht durch einfache Kündigung wieder entzieht. Nach § 14 bedarf die Kündigung eines Schwerbeschädigten grundsätzlich der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle[21].

Ein Kontrahierungszwang kann gegenüber b e s t i m m t e n, begünstigten Personen oder gegenüber jedermann bestehen[22]. Er kann dem Begünstigten unmittelbar das Recht auf Abschluß eines Vertrages verleihen, oder ihn unter Ausschluß dieses Rechts lediglich in eine für ihn günstige Rechtslage versetzen. Der Abschlußpflicht muß [illegible] ein Abschlußrecht gegenüberstehen[23]. - Des weiteren kann der Verpflichtete gezwungen sein, selbst die Initiative zu ergreifen und Vertragsangebote zu machen. Er mag in anderen Fällen nur verpflichtet sein, Vertragsangebote der Begünstigten entgegenzunehmen. Der Kontrahierungszwang tritt in mannigfachen Formen auf. Immer aber muß dem Verpflichteten ein Begünstigter gegenüberstehen, in dessen Interesse der Abschlußzwang begründet wurde. - In

---

20) U. Mayer, S.9.

21) Ausnahmen § 19 SbG.

22) zu eng Heinemann, S.322: Von Kontrahierungszwang könne nur gesprochen werden, wenn eine bestimmte Person einen Anspruch auf Abschluß des Vertrages habe.

23) Nipperdey, Kontrahierungszwang..., S.90.

Anlehnung an die von Nipperdey gewählte Definition [24] des Kontrahierungszwanges, die auch heute noch in Lehre und Rechtsprechung anerkannt ist, ergibt sich folgende Begriffsbestimmung:

Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Rechtsnorm einem Rechtssubjekt unabhängig von seinem Willen im Interesse eines Begünstigten auferlegte Pflicht, mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts unter Ausschluß der jederzeitigen Lösungsmöglichkeit abzuschließen.

4. Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit.

Die Pflicht zum Abschluß von Verträgen steht im Widerspruch zur Vertragsfreiheit, die das jedermann zustehende Recht beinhaltet, nach freiem Belieben mit frei gewählten Partnern Verträge frei vereinbarten Inhalts zu schließen und sie im gegenseitigen Einvernehmen abzuändern oder aufzuheben [25]. Obwohl das BGB die Vertragsfreiheit im Gegensatz zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 19 Abs.I, nicht ausdrücklich erwähnt, ist sie ein wesentlicher Grundsatz unseres Schuldrechts [26], der allerdings zahlreiche Ausnahmen kennt [27]. Schon früh hat dieser Grundsatz Kritik erfahren [28], und es ist offen-

24) Nipperdey, a.a.O., S. 7.

25) U.Mayer, S.10.- Zur Geschichte der Vertragsfreiheit siehe Heinrich Stoll, S.177 bis 179.

26) Motive II S. 321.

27) vgl. z.B. §§ 310, 312, 134, 138, 225, 242 BGB.

28) Anton Menger, S. 99; Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, S. 13.

sichtlich, daß er leicht zu Mißbräuchen führen kann. Die Freiheit des wirtschaftlich Schwachen, Veträge zu schließen, bleibt Theorie, solange er sich den Bedingungen des Inhabers wirtschaftlicher Macht unterwerfen muß oder dieser es überhaupt ablehnt, einen Vertrag zu schließen. Eine Rechtsordnung, die schrankenlose Vertragsfreiheit gewährt, schützt allein den wirtschaftlich Starken. Ihre Aufgabe darf aber nicht darin bestehen, nur einen Teil der Bürger zu schützen. Will sie gerecht sein, so muß sie jedermann die Möglichkeit geben, nicht nur theoretisch, sondern tatsächlich seine Kräfte zum wirtschaftlichen Fortkommen zu nutzen. Daß damit die Freiheit einzelner Bürger zugunsten und zum Schutz anderer eingeschränkt werden muß, ist unvermeidbar. So ist die durch Art.2 Abs.I GG mitgarantierte Vertragsfreiheit [29] nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet, d.h. innerhalb der Grenzen der elementaren rechtlichen und sozialen Grundsätze, auf denen das Grundgesetz beruht [30]. Der in Art.20 Abs.I, 28 GG geprägte Begriff des sozialen Rechtsstaats ist Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung [31]. Er begrenzt die schrankenlose Ver-

29) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft..., S.7 u.S.11; Huber, Lehrb. I.Bd., S.660; Scheuner, Die staatliche Intervention..., S.61; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.62; Leisner, S.323; U.Mayer, S.16; Laufke, S.162; A.A.Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit..., S.673.- In Art. 152 Abs.I WRV war die Vertragsfreiheit ausdrücklich gewährleistet.

30) Zum Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung vgl.Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft.., S.15; ders.BB 1951, S.594; Huber, a.a.O., S.662; Scheuner, a.a.O.; von Mangoldt-Klein, I.Bd., Art.2 Anm. IV 2a).

31) Huber, a.a.O., S.663; Scheuner, a.a.O.,S.21; von Mangoldt-Klein, I.Bd., Art. 20 Anm.VIII i.V. mit Anm. VII.

tragsfreiheit. Art. 2 Abs.I GG gewährleistet demnach nicht bedingungslose, sondern sozialgebundene Freiheit [32]. - Der soziale Rechtsstaat ist allerdings zunächst ein abstraktes Gebilde, das erst durch weitere staatliche Maßnahmen Wirklichkeit wird. Es sind in erster Linie die im Einklang mit dem sozialen Rechtsstaat erlassenen Gesetze, die seine Konkretisierung darstellen; denn in der Sozialstaatserklärung liegen Ermächtigung und Auftrag des Grundgesetzgebers an den Staat zur Gestaltung der Sozialordnung. Der Staat soll vor allem durch neue Gesetze soziale Gerechtigkeit herstellen und wahren und den Bedürftigen stützen [33]. Da der soziale Rechtsstaat ein Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist und durch Gesetze verwirklicht wird, dürfen "soziale" Gesetze wie das SbG die freie Entfaltung der Persönlichkeit und damit die Vertragsfreiheit einschränken.

Forsthoff sieht in der Verquickung des Rechtsstaats mit dem Sozialstaat auf verfassungsrechtlicher Ebene eine Gefahr für den Rechtsstaat [34], da beide Gegensätze seien [35]. In der Tat wird die im Rechtsstaat gewährleistete Freiheit des einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen im Sozialstaat wieder eingeschränkt; denn in Erfüllung der Sozialstaatsklausel legt der Staat dem einzelnen Pflichten gegenüber der Gesamtheit auf,

---

32) Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S.42; vgl. auch Scheuner, a.a.O., S.22.

33) Bachof, a.a.O., S.80, Leitsätze I 2 und 4.

34) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 9 ff.

35) Forsthoff, a.a.O., S.19. Dagg. aber Nikisch, I.Bd., 3.Aufl., S.36.

die er selbst nicht oder nur unvollkommen erfüllen könnte. Solange aber die Freiheit des Individuums nicht über das im Interesse der Allgemeinheit notwendig erscheinende Maß hinaus eingeschränkt wird, besteht keine Gefahr für den Bestand des Rechtsstaats, der nicht einmal selbst schrankenlose Freiheit gewährleisten kann, wenn er j e d e m ein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gibt [36].

5. Der Kontrahierungszwang als Mittel, den Schwerbeschädigten wieder in das Berufsleben einzugliedern. (Rechtsgrund des Kontrahierungszwanges).

Der Kontrahierungszwang des § 3 Abs.I SbG verpflichtet nicht unmittelbar zur tatsächlichen Einstellung [37], sondern dazu, sich zur Einstellung vertraglich zu verpflichten [38]. Das hat seinen besonderen Grund. Das SbG hat das Institut des privatrechtlichen Vertrages vorgefunden und sich zunutze gemacht. Das Ziel, den Schwerbeschädigten wieder in das Berufsleben einzugliedern, kann am ehesten durch Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen dem zur Einstellung verpflichteten Arbeitgeber und dem begünstigten Schwerbeschädigten erreicht werden [39]. Aus dem Arbeitsvertrage erwachsen dem Schwerbeschädigten dann die Rechte, die das SbG ihm gewähren will:

---

36) vgl. dazu Forsthoff, a.a.O., S.17.

37) So aber von Tuhr, S. 495 für alle Fälle des Kontrahierungszwanges.

38) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S.32; U. Mayer, S. 24.

39) Vgl. Nipperdey, a.a.O., S.68; Hedemann, Der Kontrahierungszwang, S. 259.

der Anspruch auf den Arbeitslohn und auf tatsächliche Beschäftigung. Keineswegs ersetzt § 3 Abs.I die Erklärung des Verpflichtungswillens des Arbeitgebers, sondern fordert sie erst [40]. Die einseitige Erklärung des Schwerbeschädigten an den Arbeitgeber, daß er eingestellt werden wolle, genügt nicht und begründet kein Arbeitsverhältnis [41]. Bestünde keine Pflicht zum Abschluß eines Vertrages durch Willenseinigung, wäre es verfehlt, von Kontrahierungszwang zu sprechen.

Der Kontrahierungszwang widerspricht nicht dem Wesen des privatrechtlichen Vertrages als eines auf Grund gegenseitiger Verpflichtung zustande gekommenen, doppelseitigen Schuldverhältnisses[42]. Kommt die gegenseitige Verpflichtung nicht freiwillig zustande, so kann sie eben durch Androhung von Zwangsmitteln erzwungen werden.

Der Kontrahierungszwang schützt den Begünstigten, der auf einen Vertragsschluß mit dem Verpflichteten angewiesen ist. Ohne den Kontrahierungszwang wäre es ihm normalerweise nicht möglich, den Vertrag zu schließen. - Vielfach wird als Sinn der Abschlußpflicht das "soziale Interesse", das sie fordere, bezeichnet[43]. Dem ist zuzustimmen, wenn man den Begriff des "Sozialen" dahin

---

40) Nipperdey, a.a.O., S.88.

41) So aber allgemein zum Kontrahierungszwang Stampe, S.67 und 68; Fürst, Sp. 184.

42) So aber Arndt, S.286.

43) Nipperdey, a.a.O., S. 8 u. 33; U. Mayer, S.28; Mertens, S.6; Bothe, S. 26.

bestimmt, daß darunter der Schutz des in der Gemeinschaft Schwachen unter Beschränkung der Rechte des Starken [44] verstanden wird. Die Rechtsordnung verlangt immer dann einen Kontrahierungszwang, wenn die Gefahr unsozialer Machtausübung durch die wirtschaftlich Starken droht.

Immer schafft der Kontrahierungszwang ein e i n s e i t i g e s gesetzliches Schuldverhältnis [45] zwischen Arbeitgeber und Staat, das im Schwerbeschädigtenrecht nur den Arbeitgeber verpflichtet. Der Schwerbeschädigte hingegen kann nicht verpflichtet werden, ein Arbeitsverhältnis einzugehen; denn Art. 12 GG garantiert die freie Wahl des Arbeitsplatzes und verbietet die Dienstleistungspflicht [46].

6. Wem gegenüber besteht die Einstellungspflicht ?

Die Einstellungspflicht zugunsten Schwerbeschädigter besteht a u s s c h l i e ß l i c h gegenüber dem Staat. Der einzelne Schwerbeschädigte kann aus § 3 Abs.I SbG keinen Anspruch herleiten, weder dem Staat [47] noch einem Arbeitgeber [48] gegenüber . Gegen den einzelnen

---

44) Scheuner, Die staatliche Intervention ..., S. 20, Anm. 46.

45) Nipperdey, a.a.O., S. 100 u. 101; Bothe, S. 46; Mertens, S. 27.

46) Ausnahme Art. 12 Abs.II S.1 GG zweiter Halbsatz.

47) Becker, SbG-Komm., § 10 Anm. 1; Wilrodt-Gotzen, § 3 Anm. 8; Gröninger, § 3 Anm. 2 ; Fülling, S. 10.

48) Nikisch, I.Bd., S. 174; Hueck, I.Bd., S. 705; Kaskel-Dersch, 5.Aufl., S. 125; Becker, SbG-Komm., § 3 Anm.3; ders. BABl. 1953, S. 328; Zigan, § 3 Anm.9; Wilrodt-Gotzen, § 3 Anm.8; Gröninger, § 3 Anm.2; Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm.82; Rewolle, SbG-Komm., § 3 Anm.I 1. Für das SbG von 1923 vgl. Kaskel-Dersch, 4.Aufl., S. 159; Oertmann, S.111; RAG/JW 1928, S.3067 f.

Arbeitgeber besteht kein Anspruch auf Einstellung, da dieser gemäß § 3 SbG nur zur Einstellung nach Pflichtquoten, nicht aber zur Einstellung bestimmter Schwerbeschädigter verpflichtet ist. Gegen einen Individualanspruch der Schwerbeschädigten spricht auch die Möglichkeit der Zwangseinstellung nach § 10 SbG. Sie wäre überflüssig, wenn der einzelne Schwerbeschädigte einen über § 894 ZPO durchsetzbaren Anspruch hätte.

7. Durchsetzung der Einstellungspflicht.

a) Zwangseinstellung.

Ein privater Arbeitgeber, der seiner Einstellungspflicht nach dem SbG nicht nachkommt, kann durch das Landesarbeitsamt gemäß § 10 SbG zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung gezwungen werden. Zwischen ihm und den vom Landesarbeitsamt benannten Schwerbeschädigten wird dann ein Arbeitsvertrag fingiert [49]. Er verliert damit das Recht der freien Auswahl unter den die Einstellung begehrenden Schwerbeschädigten. Gegenüber öffentlichen Verwaltungen und Betrieben ist eine Zwangseinstellung nicht möglich. Hier hat die Aufsichtsbehörde bei Nichterfüllung der Einstellungspflicht einzugreifen [50].

b) Geldbuße.

Als weiteres Mittel zur Durchsetzung der Einstellungspflicht steht dem Landesarbeitsamt die Auferlegung von Geldbußen zur Verfügung. Arbeitge-

---

49) Im einzelnen siehe § 10 SbG.
50) Hueck, I.Bd., S.707.

ber, die sich beharrlich der Pflicht zur Beschäftigung Schwerbeschädigter entziehen, handeln nach § 37 SbG ordnungswidrig und können mit Geldbußen bis zu 2000,- DM, im Wiederholungsfalle bis zu 5000,- DM belegt werden. Die Geldbuße kann auch neben der Verfügung einer Zwangseinstellung nach § 10 verhängt werden, da die Zwangseinstellung die Befolgung der Einstellungspflicht für die Zukunft sichern soll, während die Geldbuße sich gegen bereits erfolgte Verstöße richtet [51].

B. Das niedersächsische und das nordrhein-westfälische Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein.

I. Der Zweck der Gesetze.

Das niedersächsische Gesetz vom 6.Januar 1949[52] und das nordrhein-westfälische Gesetz vom 10.Juli 1948 in der Neufassung vom 9.Januar 1958 [53] über einen Bergmannsversorgungsschein bezwecken, "bergfertigen" Bergarbeitern außerhalb des Bergbaus einen angemessenen Arbeitsplatz zu verschaffen [54]. Die Besonderheiten des bergmännischen Berufes lassen den Schutz, den die knappschaftliche Sozialversicherung gewährt, als unzureichend erscheinen. Dieser Schutz erfaßt die vie-

---

51) U. Mayer, S.69.

52) Nds. GVBl. S. 15.

53) GVBl./NRW S. 14.

54) Boldt, Das Recht des Bergmanns, S.602; ders., RdA 1950, S.161. Zur Geschichte der Sozialversorgung des Bergmanns siehe Boldt, RdA 1950, S.161 und Schmidt, Kommentar, Vorwort S. III.

len Bergleute nicht, für die auf Grund ihres Gesundheitszustandes die Untertagearbeit besonders gefährlich ist. Diese Bergleute, die über Tag wegen fehlender Arbeitsmöglichkeiten und außerhalb des Bergbaus oft keine geeignete Arbeit finden, sind gezwungen, weiter Untertagearbeit zu verrichten. Das führt nicht selten bis zu völliger Arbeitsunfähigkeit [55]. Es waren daher Maßnahmen erforderlich, die über den Versicherungsschutz hinausgehen. So haben die Gesetzgeber in Niedersachsen und in Nordrhein-Westfalen allen Arbeitgebern außerhalb des Bergbaus eine Einstellungspflicht zu Gunsten dieser Bergleute auferlegt [56].

II. Die Einstellungspflicht nach dem niedersächsischen Gesetz.

Nach § 1 des Gesetzes werden diejenigen Arbeitnehmer des Bergbaus, die einen Bergmannsversorgungsschein besitzen, den Schwerbeschädigten gleichgestellt [57]. Damit haben die Bergmannsversorgungsschein-Inhaber in Niedersachsen die gleichen Vorteile wie Schwerbeschädigte. Die ein-

55) Präambel des BVSG/NRW, GVBl./NRW 1958, S.14; Schmidt, a.a.O., S.12.

56) In Nordrhein-Westfalen gab es am 30.Juni 1959 27 110 Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen. Davon waren jedoch 17 677 noch im Bergbau und nur 9433 außerhalb des Bergbaus beschäftigt. Daher ist der Zweck des Gesetzes nur unvollkommen erreicht worden. - Angaben bei Boldt, Das Recht des Bergmanns, S.602.

57) § 1 bestimmt: "... den Schwerbeschädigten i.S. des Gesetzes vom 12.1.1923 und seiner Änderungen." Nach Erlaß des SbG vom 16.Juni 1953 ist jedoch eine Gleichstellung nach diesem Gesetz vorzunehmen. Allerdings bedarf das BVSG einer Änderung und Anpassung an das neue SbG.

stellungspflichtigen Arbeitgeber müssen mit Inhabern von Bergmannsversorgungsscheinen im Rahmen ihrer Pflichtquote Arbeitsverträge abschließen. Es ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber der Einstellungspflicht zugunsten Schwerbeschädigter. Insbesondere hat der einzelne Bergmannsversorgungsschein-Inhaber keinen Anspruch auf Einstellung gegen einen bestimmten Arbeitgeber. Letztere sind nur gegenüber dem Land zur Erfüllung ihrer Pflichtquote verpflichtet. - Eine Zwangseinstellung nach § 10 SbG ist möglich.

Gemäß § 3 ist den Arbeitnehmern auf ihren Antrag ein Bergmannsversorgungsschein zu erteilen, wenn sie

a) der knappschaftlichen Rentenversicherung unterliegen,

b) die Wartezeit zur Erlangung der Knappschaftsrente erfüllt haben,

c) in Niedersachsen ihren Wohnsitz haben,

d) dauernd berufsunfähig i.S. des Reichsknappschaftsgesetzes werden

o d e r

e) aus Gründen der Vorbeugung durch die Bergbau-Berufsgenossenschaft aufgefordert werden, ihre gesundheitsschädigende Arbeit aufzugeben, insbesondere nur noch staubfreie Arbeiten zu verrichten.

Daß der Bergmannsversorgungsschein nur auf Antrag gewährt wird, entspricht der Regelung des SbG, wonach eine Gleichstellung mit Schwerbeschädigten

nur auf Antrag erfolgt [58]. Über den Antrag entscheidet die Hannoversche Knappschaft (§ 4).

Die Pflichtquote für Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen ist die des Schwerbeschädigtengesetzes [59], jedoch dürfen die invaliden Bergleute nicht in die durch das SbG vorgeschriebene Pflichtquote eingerechnet werden (§ 2 Abs.I des niedersächsischen Gesetzes). Nach § 6 Abs.IV S.2 SbG gilt dies jedoch nicht für den Bergbau. Dort werden die Bergmannsversorgungsschein-Inhaber auf die Pflichtzahl der einzustellenden Schwerbeschädigten angerechnet. Diese Regelung ist verständlich, da durch das BVSG auch eine Entlastung der Bergbaubetriebe angestrebt wird[60].

III. Die Einstellungspflicht nach dem nordrhein-westfälischen Gesetz.

Nach § 4 der Neufassung des Gesetzes sind öffentliche und private Arbeitgeber verpflichtet, einen bestimmten Prozentsatz ihrer Arbeitsplätze mit Bergmannsversorgungsschein-Inhabern zu besetzen. Alle öffentlichen und privaten Arbeitgeber mit Ausnahme der Zechenbetriebe [61] haben auf je

---

58) § 2 SbG. S.o. S. - 9 -.

59) S.o. S. - 10 -.

60) Boldt, RdA 1950, S.162.

61) § 5 Abs.I S.2 BVSG/NRW. Die Zechenbetriebe trifft jedoch die Pflicht, ihre bisher im Untertagebau beschäftigten Arbeitnehmer weiterhin im Rahmen des Möglichen über Tag zu beschäftigen, § 7 Abs.II 1.DVO v.12.7.1948 (GVBl./NRW S.141). In solchem Falle werden diese Bergmannsversorgungsschein-Inhaber auf die Pflichtquote des SbG angerechnet, § 6 Abs.IV S.2 SbG.

100 Arbeitnehmer einen Bergmannsversorgungsschein-Inhaber zu beschäftigen [62].

Nach § 1 der Neufassung des nordrhein-westfälischen Gesetzes ist Arbeitnehmern, die knappschaftlich versichert sind und die noch unter Tage beschäftigt sind, auf Antrag ein Bergmannsversorgungsschein zu erteilen, wenn sie nach mindestens fünfjähriger Untertagearbeit aus vorbeugenden Gründen durch die Knappschaft oder die Bergbau-Berufsgenossenschaft aufgefordert worden sind,

a) die Untertagearbeit aufzugeben oder

b) nur noch staubfreie Arbeit zu leisten.

Die fünfjährige Wartezeit entfällt für Arbeitnehmer, die infolge eines Arbeitsunfalls eine Aufforderung erhalten haben, die Untertagearbeit aufzugeben (§ 1 der Neufassung).

Der Bergmannsversorgungsschein wird auf Antrag durch die "Zentralstelle für den Bergmannsversorgungsschein" erteilt, die mit der Durchführung des Gesetzes betraut ist (§ 3 der Neufassung) [63].

Nach § 8 Abs.II und III des nordrhein-westfälischen Gesetzes ist eine Zwangseinstellung zugunsten von Bergmannsversorgungsschein-Inhabern möglich. Sie ist der Regelung im SbG nachgebildet. Daneben kann den säumigen Arbeitgebern wie im Schwerbeschädigtenrecht eine Geldbuße auferlegt werden, § 13 BVSG. - Das niedersächsische und

---

62) 2. und 3.DVO vom 7.8.1950, GVBl.S.157, §§ 1.

63) Die Zentralstelle hat dieselben Aufgaben, die in Niedersachsen die Hannoversche Knappschaft hinsichtlich der Bergmannsversorgungsschein-Inhaber wahrnimmt.

das nordrhein-westfälische Gesetz begründen für die betroffenen Arbeitgeber eine Kontrahierungspflicht, wie sie im Schwerbeschädigtenrecht besteht.

In Niedersachsen hat das BVSG eine nennenswerte praktische Bedeutung nicht erlangt [64]. Auch in Nordrhein-Westfalen ist das BVSG kein voller Erfolg geworden; denn es besteht nur eine geringe Neigung der Bergleute, ihren Beruf zu wechseln [65].

C. Das Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer.

I. Aufgabe des Gesetzes.

Das Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer vom 19. Juni 1950 [66] in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Heimkehrergesetzes (HKG) vom 17. August 1953 [67] bezweckt die Wiedereingliederung der aus der Gefangenschaft heimkehrenden Wehrmachtsangehörigen und der ihnen gleichgestellten Personen in das Sozial- und Wirtschaftsleben. Das Schicksal der Heimkehrer und die mit der Gefangenschaft verbundenen gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen machen insbesondere Maßnahmen erforderlich, die über die Gewährung von finanzieller Unterstützung hinausgehen. Dazu gehört die Verschaffung eines angemessenen Arbeitsplatzes [68].

64) Boldt, Das Recht des Bergmanns, S. 611.
65) Vgl. Boldt, RdA 1956, S.367; Schmidt, a.a.O., Vorwort S.III.
66) BGBl. S. 221.
67) BGBl. S. 931.
68) Vgl. die amtliche Begründung, BT Drs. Nr. 2387, 1.Wahlperiode 1951, S.8.

Freilich ist die Bedeutung des Heimkehrerschutzes in dieser Hinsicht heute nur noch gering, nachdem die Wiedereingliederung der Heimkehrer in das Wirtschaftsleben der Bundesrepublik im wesentlichen abgeschlossen ist. Die gesetzlichen Vorschriften sind jedoch weiterhin in Kraft und noch nicht gänzlich gegenstandslos geworden.

II. Die Einstellungspflicht nach § 9a des Gesetzes.

§ 9a S.1 HKG bestimmt, daß Heimkehrer bei Vorliegen entsprechender fachlicher Voraussetzungen i m ö f f e n t l i c h e n D i e n s t vor anderen Bewerbern bevorzugt einzustellen sind. § 9a gilt nicht nur für Beamte, sondern auch für Angestellte und Arbeiter [69].

1. Begünstigter Personenkreis.

§ 1 HKG unterscheidet folgende Gruppen von Heimkehrern:

1. Kriegsgefangene, § 1 Abs. I u. II,
2. Zivilinternierte und Zivilverschleppte, § 1 Abs.III,
3. In der sowjetischen Besatzungszone oder im sowjetischen Sektor von Berlin Internierte, § 1 Abs. IV,
4. Kriegsgefangene Ausländer und Staatenlose, die auf deutscher Seite gekämpft haben, § 1 Abs. V.

---

69) Verwaltungsvorschrift Nr. 63 zur Durchführung des HKG i.d.F. vom 24.1.1956, BAnz Nr. 21 vom 31.1.1956.

Gemeinsame Voraussetzung für die Heimkehrereigenschaft ist, daß die Heimkehrer innerhalb von zwei Monaten nach ihrer Entlassung im Bundesgebiet oder im Lande Berlin ihren ständigen Aufenthalt genommen haben. Eine Ausnahme gilt für die ehemals in der sowjetischen Besatzungszone oder im sowjetischen Sektor Berlins Internierten. Diese Personen müssen innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Entlassung [70] und vor dem 10. August 1955 [71] in das Bundesgebiet übergesiedelt sein. Dadurch wird die Bedeutung des § 9a, der gerade im Hinblick auf diesen Personenkreis auch heute noch aktuell sein könnte, erheblich herabgesetzt.

In besonders begründeten Fällen können andere als die in § 1 bezeichneten Personengruppen als Heimkehrer anerkannt werden, § 1a HKG [72]. - Nicht alle Heimkehrer i.S. des § 1 HKG werden durch die Einstellungspflicht nach § 9a begünstigt. Nur die Personen, die seit dem 1. Januar 1948 entlassen worden sind, also Spätheimkehrer, werden bei der bevorzugten Einstellung im öffentlichen Dienst berücksichtigt.

2. Adressat der Einstellungspflicht.

Zur Einstellung verpflichtet ist ausschließlich der öffentliche Dienst, § 9a HKG. Demgegenüber begründet § 7 HKG nur eine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung von Heimkehrern. Das alte Arbeitsverhältnis lebt rückwirkend wieder auf, sobald sich der Heimkehrer nach seiner Rückkehr

70) § 1 Abs. IV Buchst. c) HKG.

71) § 9 Abs.III Häftlingshilfegesetz i.d.F. vom 25.Juli 1960 BGBl. I S.579; Verwaltungsvorschrift Nr.21 zur Durchführung des HKG, BAnz Nr. 21 v. 31.1.1956

72) Zuständig für die Anerkennung ist der Bundesarbeitsminister, § 1a HKG.

beim früheren Arbeitgeber zur Wiederaufnahme der Arbeit meldet, § 7 Abs.I S.1. Für die Zeit der Abwesenheit ist das Arbeitsverhältnis bloß suspendiert, § 7 Abs.I S.2 [73]. § 7 HKG verpflichtet zwar auch private Arbeitgeber, aber diese Vorschrift begründet keine Einstellungs- oder Wiedereinstellungspflicht [74]. Sie bleibt daher im Rahmen dieser Untersuchung außer Betracht.

Unter "öffentlicher Dienst" i.S. von § 9a HKG sind Behörden und Verwaltungen zu verstehen, die auf Grund öffentlichen Rechts tätig werden. Zum öffentlichen Dienst zählen auch die sich ganz oder überwiegend im Besitz der öffentlichen Hand befindenden Betriebe, selbst wenn sie in privatrechtliche Formen (z.B. GmbH, AG) gekleidet sind, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Dazu gehören die öffentlichen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, nicht aber die reinen Wirtschaftsunternehmen, wie z.B. Staatsbrauereien [75].

3. Umfang und Inhalt der Einstellungspflicht.

Die Einstellungspflicht der öffentlichen Dienstherrn ist dem Umfange nach nicht begrenzt; denn der Einstellungsvorrang der Spätheimkehrer besteht unabhängig davon, wieviele Heimkehrer die öffentliche Verwaltung oder der öffentliche Betrieb bereits beschäftigt [76]. - Die Einstel-

---

73) Draeger, § 7 Anm.5.

74) Siehe auch Württ.-Bad. VGH, DVBl. 1952, S. 157.

75) A.A. Draeger, § 9a, Anm. 2.

76) Verwaltungsvorschrift Nr.64. Nach der amtlichen Begründung sieht das HKG aus grundsätzlichen Erwägungen und auf Grund früherer Erfahrungen von bestimmten Pflichtquoten ab, BT Drs. Nr. 2387, S.8.

lungspflicht des §•9a hat den Abschluß von Arbeitsverträgen zum Inhalt. Sie wird dadurch eingeschränkt, daß die Spätheimkehrer nur b e v o r z u g t - bei Vorliegen der fachlichen Voraussetzungen - vor anderen Bewerbern einzustellen sind [77]. Das bedeutet, daß die durch § 9a verpflichteten Stellen zunächst - anders als im Schwerbeschädigtenrecht - überhaupt die Absicht haben müssen, eine Einstellung vorzunehmen; denn die Einstellung von Arbeitnehmern steht in ihrem Ermessen. Will die Behörde eine Einstellung vornehmen und befindet sich unter mehreren Bewerbern e i n Heimkehrer, so ist diesem aber im Gegensatz zum Schwerbeschädigtenrecht ein Anspruch auf Einstellung zuzubilligen, wenn er die entsprechenden fachlichen Voraussetzungen erfüllt. Das Bundesverwaltungsgericht verneint allerdings einen Einstellungsanspruch des Spätheimkehrers, da das Gesetz nur eine angemessene Berücksichtigung seiner Belange gewährleiste [78].- Die Einstellungspflicht wird weiter dadurch eingeschränkt, daß nach § 9a S. 3 den Schwerbeschädigten und den vom Nationalsozialismus Verfolgten [79] der Vorrang gegenüber den Spätheimkehrern gebührt. Ist ein Spätheimkehrer gleichzeitig Schwerbeschädigter und bewerben sich mit ihm noch andere Spätheimkehrer um denselben Arbeitsplatz, so sollte er sich daher auf seine Schwerbeschädigteneigenschaft berufen.

4. Durchsetzung der Einstellungspflicht.

Das Heimkehrergesetz kennt keine Zwangseinstel-

---

77) Leydhecker, Erl. zu § 9a.
78) BVerwG, ZBR 1958, S. 308
79) S.u. S. - 124 -.

lung zugunsten der Spätheimkehrer, da eine Zwangseinstellung dem öffentlichen Dienst fremd ist. Bei Vorliegen der geschilderten Voraussetzungen kann der Spätheimkehrer statt dessen auf Einstellung klagen und seinen Anspruch über § 894 ZPO durchsetzen. Im übrigen hat die Aufsichtsbehörde bei Verstößen gegen die Einstellungspflicht des § 9a HKG einzugreifen [80].

D. Art.33 Abs.II des Grundgesetzes.

I. Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern.

Nach Artikel 33 Absatz II des Grundgesetzes hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Unter einem "öffentlichen Amte" ist im allgemeinen ein Kreis von Aufgaben zu verstehen, die kraft ö f f e n t l i c h e r Dienstpflicht zu erfüllen sind [81]. Für Art. 33 Abs.II GG ist der Begriff des öffentlichen Amtes jedoch weit zu fassen. Er umfaßt j e d e berufliche Tätigkeit im öffentlichen Dienst [82]. Insbesondere muß derjenige, der ein öffentliches Amt ausübt, nicht zugleich auch Beamter sein [83].

---

80) Vgl. auch Verwaltungsvorschrift Nr.69. Danach hat eine vorgesetzte Behörde bei Verstoß einer ihr nachgeordneten Behörde gegen § 9a dahin zu wirken, daß der zu Unrecht abgewiesene Heimkehrer bei der nächsten sich in ihrem Dienstbereich ergebenden passenden Einstellungsmöglichkeit berücksichtigt wird.

81) Jellinek, Verwaltungsrecht, S.359; Württ.-Bad. VGH, NJW 1950, S.838.

82) von Mangoldt-Klein, II.Bd., Art.33 Anm.IV 4.

83) Württ.-Bad. VGH, a.a.O.

Auch alle Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes sind Inhaber eines öffentlichen Amtes [84]; denn Art.33 Abs.II trifft für a l l e Berufe des öffentlichen Dienstes eine Sonderregelung. Es kommt für die Anwendbarkeit des Art.33 Abs.II auch nicht darauf an, ob auf den staatlichen Arbeitsplätzen hoheitliche Aufgaben zu erfüllen sind. Der Staat ist hinsichtlich der Arbeitsplätze, auf denen keine hoheitlichen Aufgaben wahrzunehmen sind, ebenfalls an Art. 33 Abs.II GG gebunden.

Art.33 Abs.II GG setzt unmittelbar geltendes Recht [85], obwohl er nicht im Grundrechtskatalog steht; denn das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern ist nur eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art.3 GG[86], der als Grundrecht nach Art.1 Abs. III GG unmittelbar geltendes Recht ist. Art.33 Abs. II ist demnach selbst ein echtes Grundrecht [87] und nicht bloßer Programmsatz. Die rechtliche Bedeutung des Art.33 Abs.II ist daher erheblich größer als die des ihm entsprechenden Art.128 Abs. I WRV [88]. - "Zugang" zu einem öffentlichen Amte

---

84) Pfennig, S.70; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 10.Aufl. S.253; Forsthoff, Lehrbuch, 8.Aufl. S.390; wohl ebenso BVerfG 7, S.398. Vgl.auch Jess, Bonner Kommentar, Art.34 Anm.2; von Mangoldt-Klein, II.Bd.,Art.34 Anm.III 1. vor a); § 23 Abs.IV Deutsches Beamtengesetz v. 26.1.1937; RGZ 118, S.243; 142, S.190; 151, S.387 und 155, S.364.

85) Jess, a.a.O., Art.33 Anm.3; von Mangoldt-Klein, II.Bd.,Art.33 Anm.II 2.a.

86) BGHZ 23, S.43; Württ.-Bad. VGH,NJW 1950, S.837, OVG Koblenz, NJW 1956, S.565; von Mangoldt-Klein, II.Bd., Art.33 Anm.II 1.a; Giese-Schunk, Art.33 Anm.3; Hamann, Komm., Art.33 Anm. B 2; Ipsen, Gleichheit, S.193.

87) BGHZ a.a.O.; von Mangoldt-Klein, II.Bd.,Art. 33 Anm. IV 1.

88) Anders Ipsen, a.a.O. und Jess, a.a.O.

bedeutet das subjektive öffentliche Recht, sich zu bewerben und damit die Möglichkeit zu haben, auf einem Arbeitsplatz im öffentlichen Dienst eingestellt zu werden [89]. Bei allen Einstellungen ist der Staat zur Beachtung des Art.33 Abs. II GG verpflichtet. Auch der privatwirtschaftlich tätige Staat ist an Art.33 gebunden, soweit er in privatrechtlichen Formen ö f f e n t l i c h e A u f g a b e n wahrnimmt. Der Staat kann sich seiner Pflicht nach Art.33 Abs. II nicht durch die Änderung der Rechtsform einer Verwaltung entziehen.

Das Recht zur Bewerbung und damit das Recht, die Möglichkeit zur Übernahme eines öffentlichen Amtes zu erhalten, geben jedoch keinen Anspruch auf Übertragung eines solchen Amtes. Die Einstellung steht grundsätzlich im Ermessen des Dienstherrn. Er kann frei entscheiden, ob er überhaupt Arbeitskräfte einstellen will. Hat er sich zu einer Einstellung entschlossen, ist er außerdem in seiner Auswahl unter den befähigten Bewerbern im Grundsatz frei [90]. Vor allem gibt Art.33 Abs.II keinen Anspruch auf Übertragung eines bestimmten Amtes, d.h. auf Einstellung bei einer bestimmten Behörde und auf einem bestimmten Arbeitsplatz [91].

---

89) Ähnlich von Mangoldt-Klein, Art.33 Anm.IV 5; Hamann, a.a.O.

90) BGHZ 23, S.42; OVG Koblenz, a.a.O.; LVG Hannover, Nds.Rpfl. 1951, S.15; BVerwG 2, S.153; Württ.-Bad. VGH, NJW 1950, S.838 und DVBl. 1952, S.157; von Mangoldt-Klein, II.Bd., Art. 33 Anm. IV 1; Giese-Schunk, a.a.O.; Hamann, a.a.O.; Bachof, Die Verwaltungsgerichtliche Klage ..., S.70; Otto, S.243.

91) Maunz, a.a.O.; Jess, a.a.O.; Ipsen, a.a.O.

Indessen ist der öffentliche Dienstherr in der A u s ü b u n g seines Ermessens nicht frei. Er darf bei Einstellungen nicht willkürlich verfahren. Nach Art. 33 Abs.II sind alle Bewerber nach ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichmäßig zu berücksichtigen[91a]. Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern gewährt gleiche Chancen bei der Berwerbung [92]. Gleich befähigten Bewerbern müssen die gleichen Einstellungsmöglichkeiten gegeben werden. Der einstellende Dienstherr ist in seiner Ermessensausübung an den Gleichheitssatz gebunden. Wenn auch die Verfassungswirklichkeit mit Ämterpatronage und Konfessionsproporz, insbesondere bei der Vergabe von Schlüsselpositionen, oft anders aussieht, so ist Art. 33 Abs.II doch vor allem für den Zugang zu untergeordneten Ämtern von Bedeutung.

Die Bindung der Ermessensentscheidung an den Gleichheitssatz kann indessen nicht ohne weiteres zu einem Einstellungsanspruch eines unter Verletzung des Gleichheitssatzes abgewiesenen Bewerbers führen. Folgendes Beispiel möge das verdeutlichen:

Die Kraftfahrer A und B haben sich um die freie Stelle eines Dienstwagenchauffeurs bei dem Oberkreisdirektor des Kreises K beworben. Beide Bewerber sind gleich geeignet und befähigt. Sie zeigen die gleichen fachlichen Leistungen. Dennoch wird nur die Bewerbung des A berücksichtigt, weil dieser wie der Oberkreisdirektor Mitglied der X-Partei ist. Die schriftliche Bewerbung des B wird ungelesen zu den Akten gelegt. Eine persönliche Vorsprache wird ihm nicht gestattet.

Es liegt eine Verletzung des Art. 33 Abs.II vor, da dem B ein Zugang zu dem Arbeitsplatz unter gleichen Bedingungen wie dem A nicht ermöglicht wurde. Dennoch kann der so benachteiligte Bewerber nicht auf Einstellung klagen. Er hat keinen Anspruch

---

91a) Die Pflicht zur Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs.III GG wird unten, S.-46-ff. insbes. S.-69-ff. gesondert erörtert.

92) Ipsen, a.a.O.

auf Einstellung, sondern nur ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie, den Gleichheitssatz beachtende Ermessensausübung bei der Prüfung seiner Bewerbung. Ein solches Recht ist auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift im V e r w a l t u n g s r e c h t anerkannt. Bei jeder hoheitlichen Ermessensentscheidung einer Verwaltungsbehörde, die den Staatsbürger begünstigen oder benachteiligen kann, hat dieser ein subjektives öffentliches Recht auf die Beachtung des Gleichheitssatzes, d.h. auf fehlerfreie Ermessensentscheidung [93]. Dieses Recht ist durch Art.33 Abs. II GG auf die Einstellung im öffentlichen Dienst ausgedehnt worden. In dem angeführten Beispiel ist es verletzt worden. Der Benachteiligte hat nicht unter den gleichen Voraussetzungen wie sein Mitbewerber die Möglichkeit erhalten, eingestellt zu werden. Zwar steht es im Ermessen des Oberkreisdirektors, wen er einstellt, jedoch muß sich dieses Ermessen im Rahmen des Gleichheitssatzes halten. Ein Bewerber darf dem anderen nicht aus unsachlichen Motiven vorgezogen werden. Die Mitgliedschaft in der X-Partei ist ein unsachliches Kriterium, da daraus in keiner Weise auf die Fähigkeiten des Bewerbers als Kraftfahrer geschlossen werden

---

93) OVG Münster, DVBl. 1955, S.437; OVG Hamburg, MDR 1950, S.570; LVG Minden, Verw.Rspr.4, S.50; OVG Lüneburg, OVGE 4, S.203; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte..., S. 162; Bachof, Die Verwaltungsgerichtliche Klage ..., S.67 f.; ders., SJZ 1948, Sp. 748; Jellinek, Verwaltungsrecht, S.211; Naumann, AöR 77, S.94 u. 95 (Anm. zu OVG Münster); ders., DVBl. 1952, S.406 (Anm. zu Württ.-Bad. VGH, DVBl. 1952, S.157); ders., DVBl. 1951, S.583 (Buchbesprechung); Haueisen, DVBl. 1952, S.522; ders., NJW 1954, S. 418; Klinger, § 42 Anm. D 1; Koehler, § 114 Anm. A II 15; Eyermann, § 114 Anm. 8; Dersch, RdA 1952, S.303/304.

kann. Der Benachteiligte kann auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung klagen. Das wird ihm jedoch wenig nützen. Er kann damit nur erreichen, daß der Oberkreisdirektor bei der Einstellung eines der beiden Bewerber ermessensfehlerfrei verfährt. Der Dienstherr ist nur verpflichtet, auch die Bewerbung des übergangenen Kraftfahrers sorgfältig zu prüfen. Sodann kann er seine Entscheidung aufrechterhalten und den Bewerber A einstellen bzw. weiterbeschäftigen [93a].

II. Einstellungsanspruch in Ausnahmefällen.

Wenn auch aus Art. 33 Abs. II GG grundsätzlich kein Anspruch auf Einstellung im öffentlichen Dienst herzuleiten ist, so können doch besondere Umstände zu einer anderen Beurteilung des Problems führen. Wie festgestellt, besteht bei Ermessenshandlungen des Staates ein allgemeines subjektives öffentliches Recht des Bürgers auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens. Der Staat darf sich bei Ermessensentscheidungen nicht von unsachlichen Motiven leiten lassen, die einzelne Bürger begünstigen und gleichzeitig andere benachteiligen. Im Normalfall besteht kein Anspruch auf Begünstigungen, deren Zuerkennung im Ermessen der Behörde liegt. Es besteht nur ein Anspruch darauf, daß die Begünstigungen sachgerecht verteilt werden. Der zu Unrecht Benachteiligte kann nur auf Aufhebung einer sachwidrigen Entscheidung klagen, nicht aber darauf, daß ihm selbst die Begünstigung zugesprochen wird. Ist die willkürliche Entscheidung durch Urteil aufgehoben worden , so hat die Behörde eine sachgerechte, ermessensfehlerfreie Entscheidung zu

---

93a) Nicht anders ist der Fall zu beurteilen, wenn B am Ort wohnt und A von weit her geholt werden muß, was besonderen Aufwand für Umzug und Wohnungsbeschaffung erfordert. B kann aus seinem Wohnsitz keine Sonderrechte herleiten.- Vgl. aber unten S. 46 ff., insbes. S. 47 und 76 ff., wo dargelegt wird, daß der Wohnsitz bei l a u f e n d e r Abweisung einheimischer Arbeitskräfte von Bedeutung sein kann.

treffen, bei der der Benachteiligte wiederum übergangen werden kann. Im Ausnahmefall aber, wo jede andere Entscheidung als die, dem Benachteiligten die Begünstigung zu gewähren, ermessensfehlerhaft wäre, hat dieser einen Anspruch auf die Begünstigung. Wenn nur eine Entscheidung sachgerecht und frei von Ermessensfehlern sein k a n n , ist eine Vornahmeklage des Benachteiligten zulässig. Das Gericht hat die Behörde zur Vornahme der gewünschten Handlung zu verurteilen [94]. Dieser Grundsatz des Verwaltungsrechts ist auf Art.33 Abs. II GG zu übertragen. Wenn jede andere Entscheidung der Behörde gegen den Gleichheitssatz verstoßen würde, hat der Bewerber einen Anspruch auf Einstellung. Das sollen zwei Beispiele veranschaulichen.

1) Die öffentlichen Verkehrsbetriebe der Stadt X leiden unter Personalmangel. Es werden dringend drei Fahrer für die Linienbusse benötigt. Ein privates Omnibusunternehmen gerät in Konkurs und entläßt seine drei Kraftfahrer A, B und C, die fachlich gleich geeignet und befähigt sind. Die Stadt X stellt A und C als Angestellte ein. Der dritte Bewerber wird mit der Bemerkung abgewiesen, er habe sich in einer Leserzuschrift an die Lokalzeitung abfällig über die städtische Verkehrsplanung geäußert und könne daher nicht berücksichtigt werden. Als Linienbusfahrer der städtischen Verkehrsbetriebe müsse er die Ver-

---

94) OVG Münster, DVBl. 1955, S.437; OVG Hamburg, MDR 1950, S.571; LVG Minden, VerwRspr.4, S. 51; Bayer.VGH, VerwRspr.10, S.538; Württ.-Bad. VGH, ESVGH 8, S. 127; Haueisen, DVBl. 1952, S.524; Bachof, SJZ 1948, Sp.750; Engelhard, NJW 1956, S. 1378.

kehrsplanung der Stadt billigen. - Hier liegt eine Ermessensverletzung vor. B ist aus unsachlichen Motiven nicht eingestellt worden; denn seine Auffassung über die Verkehrsplanung ist für seine Eignung als Kraftfahrer unbeachtlich. Sachliche Gründe kann die Stadt zur Ablehnung der Einstellung nicht vorbringen, da solche nicht vorhanden sind. Die Stadt kann trotz erheblicher Bemühungen keinen anderen Busfahrer für die dringend zu besetzende, dritte freie Stelle finden. In diesem besonderen Falle kann B auf Grund des Art.33 Abs.II GG vor dem Arbeitsgericht auf Einstellung klagen. Sein Anspruch ist im Wege des § 894 ZPO durchsetzbar, die Stadt trifft eine Kontrahierungspflicht.

Das zweite Beispiel für eine Einstellungspflicht auf Grund des Art.33 Abs.II GG ist der folgende Fall:

2) Es soll angenommen werden, daß die Bundespost seit Jahren im Angestelltenverhältnis j e d e n geeigneten Bewerber als Postboten einstellt, der mehr als vier Kinder hat und nicht älter als 35 Jahre ist. A, der diese Voraussetzungen erfüllt, bewirbt sich und wird abgewiesen. - A hat einen Anspruch auf Einstellung als Postbote bei der Bundespost. Es liegt eine Selbstbindung des staatlichen Ermessens bei der Einstellung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst vor. Im Verwaltungsrecht ist anerkannt, daß begünstigende Verwaltungsakte, deren Vornahme an sich im Ermessen der Behörde liegt, vorgenommen werden müssen, wenn die Behörde ihr Ermessen durch dauerndes, gleichartiges Verhalten in bestimmten Situa-

tionen selbst gebunden hat [95], dh. wenn sie den Verwaltungsakt bei Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes immer vornimmt. Dieser Grundsatz gilt kraft ausdrücklicher Vorschrift des Art. 33 Abs.II GG auch für die Einstellung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst. Nimmt eine Behörde ausnahmslos unter bestimmten Voraussetzungen dauernd Einstellungen vor, so haben alle Bewerber, die diese Voraussetzungen erfüllen, einen Anspruch auf Einstellung, solange noch freie Arbeitsplätze verfügbar sind. Ein Platz als Postbote wird wohl immer frei sein.

Zweiter Abschnitt

Einstellungspflicht auf Grund allgemeiner Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze.

A. Der Grundsatz der Gleichbehandlung als Anspruchsgrundlage?

I. Problemstellung.

Für die sich anschließenden Erörterungen soll von folgendem Beispiel ausgegangen werden:

Ein Arbeigeber beabsichtigt, zehn freie Arbeitsplätze in seinem Betriebe zu besetzen. Es melden sich zehn in gleichem Maße geeignete Bewerber. Der Arbeitgeber stellt jedoch nur neun Arbeitsuchende ein. Den zehnten Bewerber weist er mit der Bemerkung ab, er sei katholisch (evangelisch)

95) Ipsen, Gleichheit, S. 148; Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 1952, S. 557.

und könne daher nicht berücksichtigt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers mag sein Vorgehen ungerechtfertigt erscheinen.

II. Die Begründungen für die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erschöpfen sich nach einhelliger Meinung nicht im Austausch von Leistung und Gegenleistung aus dem Arbeitsvertrage. Das Arbeitsverhältnis ist durch gegenseitige Treue- und Fürsorgepflichten gekennzeichnet und wird daher in besonderem Maße von personenrechtlichen Elementen beherrscht. Dieser Erkenntnis entsprang der Gedanke, daß der Arbeitgeber möglicherweise verpflichtet ist, einzelnen Arbeitnehmern, mit denen ihn ein Arbeitsverhältnis verbindet, unter den gleichen Voraussetzungen das gleiche zu gewähren, was er anderen gewährt.

Ist man sich auch über die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einig, so herrscht doch über seine rechtliche Begründung Streit. Eine Stellungnahme zur Frage, ob ein Anspruch auf Einstellung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz erwachsen kann, ist erst möglich, wenn geklärt ist, warum dieser Grundsatz im Arbeitsrecht gilt und anspruchsbegründend wirkt.

1. Die Lehre des Reichsarbeitsgerichts von der konkreten Ordnung des Betriebes.

Das Reichsarbeitsgericht leitete den Gleichbehandlungsgrundsatz seit der grundlegenden Entscheidung vom 19.1.1938 [96] aus der "konkreten Ordnung des Betriebes" her [97]. Danach soll sich für die einzelnen Belegschaftsmitglieder das zum Inhalt der einzelnen Arbeitsverhältnisse gewordene Recht ergeben, unter den gleichen Voraussetzungen in der gleichen Weise behandelt zu werden wie die übrigen auch, wenn der Belegschaft oder Teilen von ihr unter gewissen Voraussetzungen regelmäßig bestimmte Leistungen gewährt werden. Das Reichsarbeitsgericht stützte den Gleichbehandlungsgrundsatz damit auf eine im Unternehmen des Arbeitgebers bestehende betriebliche Übung. Nun trifft es zwar zu, daß eine betriebliche Übung auf alle Arbeitnehmer des Betriebes gleichmäßig anzuwenden ist, jedoch gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz auch dort, wo keine Betriebsübung besteht. Die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts ist daher zu eng.

2. Die konkretisierte Fürsorgepflicht i.S. Sieberts.

Siebert, der sich gegen die Theorie von der konkreten Ordnung des Betriebes wandte [98], begründete die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die durch eine freiwillige Leistung an die Belegschaft gegenüber a l l e n Belegschaftsmit-

96) RAG, ARS 33, S. 172 ff. (Leitsatz 4).

97) Z.B. RAG, ARS 36, S.12 u. 54; 37, S. 273; 38, S. 252; 39, S.49 u. 65; 44, S.64 u.93.

98) Reuß-Siebert, S.81 ff.

gliedern konkretisiert werde. Die dem Arbeitsverhältnis entspringende, zunächst inhaltlich unbestimmte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers werde wegen der engen Verbundenheit von Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis [99] mit einem konkreten Inhalt ausgestattet, wenn der Arbeitgeber der Mehrzahl seiner Arbeitnehmer eine freiwillige, zusätzliche Leistung erbringe. Auf Grund dieser konkretisierten Fürsorgepflicht sei der Arbeitgeber gezwungen, j e d e m einzelnen Arbeitnehmer bestimmte Leistungen zu gewähren [100].

Diese Begründung ist abzulehnen. Sie vermag nicht überzeugend zu erklären, warum bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft zwingend zu einer Gleichbehandlungspflicht gegenüber einem nicht bedachten Arbeitnehmer führen sollen. Der Arbeitgeber kann seine Fürsorgepflicht nur gegenüber einem Arbeitnehmer konkretisieren, dem gegenüber er sich bereits wiederholte Male in bestimmter Weise verhalten hat [101].

3. Gleichbehandlung als Normvollzug.

Bötticher sieht in der Gleichbehandlung einen Normvollzug [102], wobei er unter "Norm" eine bestimmte Regel versteht. Der Arbeitgeber soll die von ihm geschaffene Regel nicht aus unsachlichen

---

99) Siebert, a.a.O., S. 81.
100) Siebert, a.a.O., S.113.
101) Vgl. u. S. - 156 -.
102) RdA 1953, S. 161 ff.

Gründen durchbrechen dürfen, weil er damit den von ihm selbst aufgestellten Grundsätzen zuwiderhandele. Bötticher betont, daß zum Wesen jeder Norm die Gleichbehandlung aller ihr unterfallenden Sachverhalte gehöre. Derjenige, der sich auf die Gleichbehandlung berufe, verlange lediglich, daß auch ihm gegenüber die Norm vollzogen werde. Einer besonderen Begründung für die zwingende Wirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedürfe es nicht. Die Pflicht zur Gleichbehandlung sei jeder Norm immanent. Nikisch hat sich der Lehre vom Normvollzug angeschlossen [103].- Auch diese Theorie vermag das Gleichbehandlungsgebot nicht überzeugend zu begründen. Sie setzt voraus, daß die Regel nicht selbst eine ungleichmäßige Behandlung vorsieht [104].

4. Gleichbehandlung als Forderung der Gerechtigkeit.

Eine Reihe von Autoren leiten den Gleichbehandlungsgrundsatz aus der letztlich das gesamte Recht beherrschenden Gerechtigkeitsidee ab [105]. Dem ist zuzustimmen. Der aristotelische

---

103) Nikisch, I.Bd., S. 430. Einschränkend jedoch 3. Auflage, S. 505.

104) Gegen die Theorie insbes. G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 116 ff.

105) G. Hueck, a.a.O., S.134 ff. u. S.232 ff.; Hilger, Das betriebliche Ruhegeld, S. 103; Frey, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, S. 15; Nikisch, I.Bd., 3.Aufl., S. 498; Galperin, RdA 1953, S. 169; Kunkel, BABl. 1953, S. 70. Nipperdey, Enneccerus-Nipperdey, 1.Halb-Bd., S. 1o2, leitet den Gleichbehandlungsgrundsatz aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs.I GG her, was letztlich keinen Unterschied bedeutet, weil auch Art. 3 auf den aristotelischen Gleichheitssatz zurückgeht. Stützt man den Gleichbehandlungsgrundsatz unmittelbar auf Art. 3, so muß man allerdings zuvor die grundrechtliche Drittwirkung und deren Umfang (ist jeder Arbeitgeber an Art.3 gebunden?) beweisen.

Grundsatz, daß Gleiches gleich und Ungleiches seiner Ungleichheit entsprechend zu behandeln sei, ist wesentlicher Inhalt der Gerechtigkeitsidee. Dieser Grundsatz ist daher selbst eine fundamentale Forderung unseres Rechts. Die austeilende Gerechtigkeit [106] verlangt, daß unter gleichen Sachverhalten keine willkürlichen, d.h. unsachlichen Differenzierungen vorgenommen werden und bei unterschiedlichen Tatbeständen diese Ungleichheiten entsprechend berücksichtigt werden. - Damit ist allerdings die z w i n g e n d e W i r k u n g des Gleichbehandlungsgrundsatzes noch nicht bewiesen; denn auch die Privatautonomie und die sich aus ihr ergebende Vertragsfreiheit sind wichtige Grundsätze unseres Rechts, die nur in Sonderfällen hinter dem Gleichbehandlungsgrundsatz zurücktreten müssen.

5. Gleichbehandlung als Ausfluß der Fürsorgepflicht auf Grund der Schutzfunktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Die z w i n g e n d e W i r k u n g des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist mit der herrschenden Meinung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu entnehmen [107]. Auf Grund der unabding-

106) Im Gegensatz zur Austauschgerechtigkeit, die nicht innerhalb einer Gruppe, sondern zwischen zwei Personen gelten muß, die Leistung und Gegenleistung erbringen.

107) Hueck, I.Bd., S.383; Molitor, AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis I, Anm. zu Entscheidung 2; BAG, AP Nr. 3 zu § 242 BGB, Gleichbehandlung; LAG Düsseldorf, Betrieb 1953, S. 236; LAG Frankfurt, BB 1952, S. 375.

baren Fürsorgepflicht muß der Arbeitgeber die berechtigten Interessen seiner Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitsverhältnisse achten und wahrnehmen [108]. Jeder Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Interess daran, im Verhältnis zu den übrigen Arbeitnehmern gleichbehandelt zu werden, soweit er dadurch begünstigt wird. Daher muß der Arbeitgeber das Gleichbehandlungsgebot auf Grund der ihn treffenden Fürsorgepflicht gegenüber jedem Betriebsangehörigen beachten.

Die G e l t u n g des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst läßt sich allerdings mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht unmittelbar erklären. Sie ist vielmehr, wie festgestellt, der Gerechtigkeitsidee zu entnehmen. In der Betriebsgemeinschaft hat der Gleichbehandlungsgrundsatz eine S c h u t z f u n k t i o n zu erfüllen [109]. Der Arbeitgeber hat in ihr eine große, wirtschaftliche und persönliche Macht über die einzelnen Arbeitnehmer. Es besteht keine Gleichheit in der Betriebsgemeinschaft. Der Arbeitgeber ist den einzelnen Arbeitnehmern übergeordnet. Das Wesen einer derartigen Gemeinschaft mit unterschiedlichen Machtpositionen verlangt auf Grund der austeilenden Gerechtigkeit, daß derjenige, der die überlegene Macht innerhalb der Gemeinschaft innehat, seine Macht gerecht ausübt. Er muß die ihm untergeordneten Gemeinschaftsmitglieder gleich behandeln, weil sie sich nicht selbst vor willkürlicher Machtausübung schützen können [110].

---

108) Hueck, I.Bd., S.357; Nikisch, I.Bd., S. 406
109) Ähnlich Leisner, S.274.
110) Auf die Bedeutung des Machtelementes innerhalb einer Gemeinschaft für die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wies Müller-Erzbach im Hinblick auf das Verbandsrecht hin. Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948, S.52 u. 72 ff. Siehe auch Raiser, JZ 1958 S.3 und 6.

III. Keine Gleichbehandlung bei der Einstellung von Arbeitnehmern.

Aus der Begründung, die für die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht gegeben wurde, ergibt sich, daß eine Gleichbehandlungspflicht bei Einstellungen nicht besteht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nur innerhalb der Betriebsgemeinschaft und setzt ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus. Vor Abschluß des Arbeitsvertrages trifft den Arbeitgeber noch keine Gleichbehandlungspflicht [111]. Der Arbeitgeber, der zehn Arbeitsplätze besetzen will, ist durch den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gehalten, alle zehn in gleichem Maße geeigneten Bewerber einzustellen. Er kann einen von ihnen grundlos oder aus sachfremden Gründen abweisen, z.B. weil er katholisch (evangelisch) ist.

B. Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG.

I. Problemstellung.

Nach Art. 3 Abs.III des Grundgesetzes darf niemand wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Abs.II bestimmt, daß Männer und Frauen gleichberechtigt sind und nach Abs.I sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich.

---

111) Nikisch, I.Bd., 3.Aufl., S. 506; Hueck, I.Bd., S. 385; G.Hueck, a.a.O., S. 62.

Abs.II und Abs.III sind eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Abs.I [112]. Dabei ist Abs.II nur eine teilweise Wiederholung des Abs.III.

Art.3 ist eine echte Rechtsnorm. Abs.I bis III bilden Anspruchsgrundlagen und sind nicht nur bloße Programmsätze [113]. Das ergibt sich aus Art.1 Abs.III GG, wonach die Grundrechte unmittelbar geltendes Recht sind. Daher liegt es nahe, eine sich aus Art.3 ergebende Einstellungspflicht der Arbeitgeber zu erwägen [114]. Ausgegangen sei von folgendem Fall:

In einem wenig industrialisierten Gebiet der Bundesrepublik stellt das einzige, große Unternehmen dieser Gegend laufend ausländische Arbeitskräfte ein, obwohl einheimische Arbeitsuchende in ausreichender Zahl vorhanden und für den Betrieb gleich geeignet sind. Die Betriebsleitung weist die einheimischen Bewerber mit der Begründung ab, sie könnten nicht eingestellt werden, da das Unternehmen nur Ausländer einstelle. Die einheimischen Arbeitslosen finden keine anderweitige Beschäftigung, da die übrigen, wesentlich kleineren Betriebe des Gebietes keine zusätzlichen Arbeitskräfte mehr aufnehmen können und wollen.

Es erscheint zweifelhaft, ob das Vorgehen des Großunternehmens zulässig ist. Um das Problem zu lösen ist jedoch zuvor zu klären, ob der Gleich-

---

112) von Mangoldt-Klein, I.Bd., Art.3 Anm.IV, 3; Giese-Schunk, Art.3, Erl. II 3; Böckenförde, S.18; Apelt, S. 355; BVerfG 3, S.225; BAG 1, S.53 u. 260.

113) Dürig, Maunz-Dürig Art.1 Rand-Nr.96; Giese-Schunk, a.a.O.; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 48; BAG 1, S.258.

114) A.A. Maus, Das Recht des Arbeitsvertrages, S. 398, der Art.3 in Bezug auf die gleichmäßige Einstellung von Arbeitnehmern als "bloßen Programmsatz für den Sozialpolitiker" bezeichnet.

heitssatz auch Private verpflichtet, ob der Staat als Arbeitgeber an Art.3 gebunden ist und welcher Inhalt dem Gleichheitssatz im Hinblick auf eine mögliche Einstellungspflicht zu geben ist.

II. Die Drittwirkung des Gleichheitssatzes.

Die "Drittwirkung" der Grundrechte ist ein allgemeines Problem und betrifft nicht nur Art.3. Es handelt sich dabei um die Frage, ob die Grundrechte nur den Staat oder auch Private binden. Der von Ipsen geprägte Ausdruck "Drittwirkung" bezeichnet die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechte im Privatrechtsverkehr. Gerade für Art.3 hat dieses Problem eine besondere Bedeutung gewonnen. Aus Art.3 Abs.II ist insbesondere der Anspruch der Frau auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit gegenüber ihrem privaten Arbeitgeber abgeleitet worden [115]. Im folgenden soll eine Übersicht über den Stand der Meinungen gegeben werden.

1. Die Gegner der Drittwirkung.

Die Gegner der Drittwirkung weisen auf die geschichtliche Entstehung und Sinngebung der Grundrechte hin. Danach richten sich diese nur gegen den Staat, nicht aber gegen Private [116]. Als

115) Nipperdey, BB 1951, S. 282 ff.

116) von Mangoldt-Klein, I.Bd., I.die Grundrechte, Vorbem. A II 4. vor a); Nikisch, I.Bd., 3.Aufl., S.41 und 42; Knolle, S.451; Galperin JZ 1956, S.107; Schmidt-Rimpler u.a.,S.169; Schätzel, S.250; Stree, DöV 1958, S.174; ders., NJW 1954, S.1026.

subjektive öffentliche Rechte können sie nach dieser Meinung nicht gleichzeitig subjektive Privatrechte sein [117]. Jede Bindung des Privatrechtsverkehrs an die Grundrechte wird abgelehnt. Während der Staat nach Art.1 Abs.III an sie gebunden sei, bleibe das Privatrecht von ihnen unbeeinflußt,da eine Bindung der Bürger an die Grundrechte in Art.1 Abs.III nicht vorgeschrieben sei [118]. Der Privatmann könne keine Grundrechtsverletzung begehen, weil die Grundrechte nur gegenüber dem Staat bestünden.

Diese Auffassung muß als zu eng abgelehnt werden. Richtig ist, daß sich die Grundrechte früherer Verfassungen nur gegen die Obrigkeit richteten. Das schließt aber nicht aus, daß sie möglicherweise heute eine Wandlung erfahren haben und sich nicht nur gegen den Staat, sondern außerdem auch gegen Private richten. Ebensowenig beweist die Fassung des Art.1 Abs.III GG, daß eine Grundrechtsbindung Privater in jedem Falle ausgeschlossen ist; denn Abs.III spricht nicht davon, daß n u r der Staat die Grundrechte zu achten hat. Eine Drittwirkung der Grundrechte kann sich aus anderen Gesichtspunkten ergeben. - Die Ansicht, die jede Drittwirkung ablehnt, kann als "relative Auffassung" bezeichnet werden [119], da die Grundrechte nur eine relative Wirkung im Verhältnis des Bürgers zum Staat entfalten sollen.

---

117) von Mangoldt-Klein, Vorbem. A IV 3.
118) Schätzel, S. 250.
119) Olbersdorf, S. 194.

2. Die Befürworter einer Drittwirkung.

a) Die Lehre Dürigs.

Dürig lehnt eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ab [120]. Jedoch sollen die Grundrechtswerte im Privatrecht mittelbar durch die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln [121] realisiert werden, die Dürig als "Einbruchstellen der Grundrechte in das Privatrecht" bezeichnet[122]. Die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln der §§ 138, 242 und 826 BGB sollen durch die Grundrechte einen konkreten Inhalt erhalten. So sei es unzweifelhaft, daß ein Vertrag, an Juden keine Wohnungen zu vermieten, wegen des Diskriminierungsverbots des Art.3 GG sittenwidrig i.S. von § 138 BGB und damit nichtig sei. Dürig stützt seine Ansicht auf Art.1 Abs.I S.2 GG, wonach der Schutz der Menschenwürde Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, also auch der Rechtsprechung, ist. Dem Staat obliege nicht nur eine Achtungspflicht bei eigenem (staatlichen) Verhalten, sondern auch eine Schutzpflicht gegenüber dem Verhalten Dritter [123]. Da sich aus der Menschenwürde die nachfolgenden Grundrechte ergeben [124], muß nach Dürig der Staat den einzelnen vor Grundrechtsverletzungen schützen [125]. Die Rechtsprechung sei verpflichtet, privatrechtlichen Rechts-

---

120) Dürig, FamRZ 1954, S.2.

121) Dürig, Festschr.f.Nawiasky, S.176; ders., Maunz-Dürig, Art.1 Rand-Nr.132; ders., FamRZ 1954, S.2

122) Maunz-Dürig, a.a.O.

123) Maunz-Dürig, Art.1 Rand-Nr. 102.

124) Das läßt sich aus dem Worte "darum" im Art. 1 Abs.II schließen.

125) Ebenso BGH, DVBl. 1957, S.617.

geschäften, die Grundrechte verletzen, die Anerkennung zu versagen [126]. Ein weiteres Argument Dürigs ist die "Einheit der Rechtsmoral", die gewahrt werden müsse [127]. Als absolute Werte fragen die Grundrechte nach seiner Ansicht nicht nach Richtungen. Sie seien vielmehr von jedermann gegenüber jedermann zu beachten. In der Tat erschiene es befremdlich, um bei Dürigs Beispiel zu bleiben, wenn zwar der Staat Diskriminierungen aus rassischen Gründen nicht vornehmen darf, Privatpersonen aber durch Vertrag Juden von der Benutzung bestimmter Wohnungen ausschließen dürften.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Urteil vom 15.1.1958 [128] der Lehre Dürigs angeschlossen. Nach Ansicht des BVerfG will das Grundgesetz keine wertneutrale Ordnung schaffen, sondern für alle Bereiche des Rechts und damit auch für das Bürgerliche Recht gelten. Im Privatrecht entfalte sich der Rechtsgehalt der Grundrechte durch das Medium der Generalklauseln [129]. - Auch in der Literatur hat Dürigs Lehre Unterstützung gefunden [130]. Zum Teil

---

126) Maunz-Dürig, Art.1 Rand-Nr.102. Vgl. auch Hamel, Anm. zu BGH, DVBl. 1957, S.616 ff(618).
127) Maunz-Dürig, Art.1 Rand-Nr.131. Ähnlich Krüger, RdA 1957, S.205, dessen Ansicht sich im übrigen jedoch der Auffassung Nipperdeys u. Leisners (s.u. unter b)) nähert.
128) BVerfG 7, S.198 ff. ("Lüth-Urteil").
129) A.a.O., S.205.
130) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 10.Aufl. S.88; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S.103; Wintrich, S.12 Anm.14); Geiger, S.23; Krüger, RdA 1957, S.205; Bosch-Habscheid, JZ 1956, S. 300; Schüle, S.372; Coing, S.560. Vgl. auch schon Krüger, NJW 1949, S.166; Jellinek, BB 1950, S.246; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 25.

wird jedoch nur eine mittelbare Einwirkung des Art. 3 GG auf das Privatrecht angenommen, im übrigen aber jedwede Drittwirkung der Grundrechte abgelehnt [131]. Gegen die Lehre Dürigs wird einerseits eingewandt, sie führe in Wahrheit zu einer unmittelbaren Drittwirkung [132] und andererseits, sie übersehe den Bedeutungswandel der Grundrechte gegenüber früheren Verfassungen [133].

b) Die Lehre Nipperdeys und Leisners.

Nipperdey lehnt eine nur mittelbare Drittwirkung der Grundrechte ab und tritt für eine direkte Geltung und Anwendung der Grundrechte im Privatrecht ein [134]. Eine Reihe von Grundrechten haben nach Nipperdey die Funktion von "Ordnungssätzen oder Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung". Sie sollen den Privatrechtsverkehr unmittelbar binden und nicht erst auf Grund anderer Gesetze. Eine Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht über die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts wird von Nipperdey mit dem Einwand abgelehnt, es werde dabei der Bedeutungswandel der Grundrechte gegenüber früheren Verfassungen übersehen [135]. Er stützt seine Lehre zum einen auf Art.1 Abs.III GG, wo-

131) Böckenförde, S. 19 u. 21.

132) Leisner, S. 361.

133) Nipperdey, Enneccerus-Nipperdey, I. Halb-Bd., S. 95. Gegen Dürig auch Löw, S. 879.

134) RdA 1950, S.121 ff., 125; BB 1951, S.282 ff.; DVBl. 1958, S.447; Die Würde des Menschen, S.18 ff.; Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S.741 ff.; Enneccerus-Nipperdey, I.Halb-Bd., S. 91 ff.

135) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.95; Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S.751.

nach die Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden ist. Würde sie Verstöße Privater gegen die Grundrechte anerkennen, würde sie selbst gegen diese Bestimmung verstossen[136]. Galperin bezeichnet diese Argumentation als Trugschluß; denn Art.1 Abs.III GG verbiete nur, daß die Gerichte i h r e r s e i t s keine Grundrechtsverletzung begehen dürften[137]. Interessanterweise stützt sich auch die relative Auffassung auf Art.1 Abs.III[138]. Bereits daraus ist ersichtlich, daß Art.1 Abs.III keine überzeugende Grundlage für eine unmittelbare Grundrechtsbindung des Privatrechtsverkehrs bietet. Zum andern stützt Nipperdey seine Lehre auf die Präambel des Grundgesetzes[138a], wonach das Grundgesetz nicht nur eine Grundlegung der staatlichen Organisation sein will, sondern dem staatlichen Leben eine neue Ordnung geben will. Schließlich erkennt Nipperdey die Bedeutung des Machtelements für die Drittwirkung an[138b], auf die zuerst Leisner hingewiesen hat[138c].

Keineswegs soll jedes Grundrecht für den Privatrechtsverkehr gelten. Die Frage ist nach Nipperdey für jedes Grundrecht gesondert zu prüfen. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art.3 Abs.I GG aber wirke als eine der wesentlichen Grundnormen unserer Rechtsordnung auf den Privatrechtsverkehr ein. Inhalt des Art.3 GG sei insbesondere der Anspruch der Frau auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit und Leistung[139]. Statt von Drittwirkung spricht Nipperdey von einer "absoluten Wirkung" der Grundrechte[140]. Seine Ansicht kann daher als die "absolute Auffassung" bezeichnet werden[141].

---

136) Nipperdey, RdA 1950, S.125; ebenso Spitzbarth, NJW 1954, S.1026.

137) Galperin, JZ 1956, S.107. Nach Knolle, BB 1949, S. 451, führt die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu "unmöglichen" Lösungen.

138) S.o. S.-49-.

138a) Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 749.

138b) Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 752/753.

138c) Dazu siehe unten S.55 ff.

139) S.o. S.-48- Anm.115; Nipperdey, BB 1951, S.283.

140) Enneccerus-Nipperdey, I.Halb-Bd., S.93; ebenso H. Krüger, RdA 1956, S.431.

141) Olbersdorf, S.194.

Nipperdeys Lehre ist teils auf Ablehnung [142], teils auf Anerkennung [143] gestoßen. Dürig [144] weist die unmittelbare Grundrechtsanwendung im Privatrecht mit dem Bemerken zurück, die Lehre Nipperdeys treffe die Privatautonomie und damit das ganze Privatrechtssystem "an der Wurzel"[145]. Er wendet sich außerdem gegen das frühere Argument Nipperdeys [146], "ist sogar die Staatsgewalt gebunden, so können erst recht Private gebunden sein" [147]. Wenn auch Nipperdey später ausdrücklich von diesem Argument abgerückt ist[148], so ist es doch aufrecht zu erhalten. Es ist allerdings klarer dahin zu fassen, daß die Privatgewalt erst recht dort gebunden sein muß, wo die Staatsgewalt gebunden ist. Damit kommt die notwendige, offensichtlich auch von Nipperdey anerkannte Beschränkung der Drittwirkung auf den Inhaber sozialer Macht zum Ausdruck [149].

---

142) Dürig, Maunz-Dürig, Art.1 Rand-Nr.129; ders., Festschr.f.Nawiaski, S.168; ders., ZgesStW 109. Bd., S.340; ders., JR 1952 S.262; Nikisch, I.Bd., 3.Aufl., S.41; Hueck, Rechtsgutachten S.15, 18, 21 u.36; Apelt, S.358 Anm.30). Vgl. auch schon Knolle, S.451; Jellinek, BB 1950, S.425 und Bischoff,S.427.

143) BGHZ 13, S.334; BGH, DVBl. 1957, S.617; LAG Hamm, SAR 1952, S.94; Hildegard Krüger, RdA 1954, S.368 und RdA 1956, S. 430; Herbert Krüger, DVBl. 1955, S. 384; Laufke, S. 155; Hamann, NJW 1957, S.4; Wieacker, JZ 1954, S.467 Anm.6).

144) Maunz-Dürig, a.a.O.

145) Ähnlich Galperin, JZ 1956, S.107.

146) RdA 1950, S.125.

147) Festschr.f.Nawiasky, S.158.

148) Enneccerus-Nipperdey, I.Halb-Bd., S.97.

149) Siehe folgende Seiten.

Das Bundesarbeitsgericht ist der Lehre Nipperdeys beigetreten. In seinem Urteil vom 3. Dezember 1954 [150] hat der erste Senat das Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art.5) und das Verbot, jemanden wegen seiner politischen Anschauungen zu benachteiligen (Art.3) als "Ordnungssätze für das soziale Leben" bezeichnet, die unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben. Das Urteil hat aber ausdrücklich diese unmittelbare Einwirkung auf den Privatrechtsverkehr nicht auf Art.5 und auf Art.3 Abs.III beschränkt, sondern läßt sie für "eine Reihe bedeutsamer Grundrechte" gelten [151].

Leisner hat sich der Lehre von der absoluten Wirkung der Grundrechte angeschlossen [152] und eine eingehende Begründung für die unmittelbare Grundrechtsbindung des Privatrechtsverkehrs gegeben [153]. Er hat außerdem aufgezeigt, in welcher Weise die Grundrechte im Privatrecht unmittelbar anzuwenden sind [154]. Nach Leisner ist die unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrecht auf folgende Weise zu begründen:

- Art. 19 Abs.II GG bestimmt, daß "in keinem Falle" ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Die Bestimmung enthält ein allgemeines Verbot und ist für a l l e Rechtsbereiche bindend. Auch das Privatrecht muß den

---

150) BAG E 1, S.185 ff, insbes. S.193. Ebenso BAG, 1.Senat, U.v.15.1.1955, E 1, S.258 ff. (262); BAG E 2, S.221 ff. (224/225).

151) A.a.O., S. 193.

152) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S.356ff.

153) a.a.O., S. 152 ff.

154) A.a.O., S.326 ff. (403).

Wesensgehalt der Grundrechte achten [155].

- Art. 1 GG erklärt die Menschenwürde für unantastbar. Die Würde des Menschen ist ihrem Wesen nach unteilbar und nicht nur auf den Staat gerichtet. Sie kann nur allseitig geschützt werden. Sie ist nicht nur gegenüber einem bestimmten Gegner durchsetzbar, sondern gegenüber jedermann [156].

- Art. 20 und 28 GG proklamieren die Bundesrepublik zum sozialen Rechtsstaat. Das Wort "sozial" betrifft sowohl das Verhältnis der einzelnen Bürger zueinander wie das der Rechtsgenossen zur Gemeinschaft. Die einzelnen Bürger sind auch in ihren Beziehungen zu anderen Bürgern zu sozialem Verhalten verpflichtet. Durch Art. 20/28 GG ist eine sozial-rechtliche Umgestaltung der Grundrechte eingetreten [157].

- Die Grundrechte schützen den einzelnen vor unbegrenzter staatlicher Macht. Jedoch kann nicht nur die staatliche Gewalt den Bürger gefährden. Ebenso gibt es private Gewalt, die den Rechtsgenossen der überlegenen Macht anderer Rechtsgenossen auszuliefern droht. Die Grundrechte wollen letztlich den Schwachen vor der Macht des Starken schützen. Häufig ist der Staat der Machtträger, dem gegenüber Schutz gewährt werden muß. Häufig aber ist es auch die private Gewalt, die den einzelnen gefährdet und die daher ihre Grenze haben muß. Die Grundrechte sind nicht staatsgerichtet, sondern schützen vor j e d e r Art von Gewalt.

---

155) A.a.O., S.155 u. 156.
156) A.a.O., S.146 ff.
157) A.a.O., S.170-173.

Es kommt nicht auf die Form, sondern auf die Situation an, in der die Grundrechte helfen sollen. Die Grundrechte gelten daher immer dort, wo ein "Zustand unentrinnbarer Inferiorität"[158] geschaffen wird. So unterliegen alle Wirtschaftsmächte, von denen die Existenz des Staatsbürgers abhängt, der Grundrechtsbindung. Allein entscheidend ist die mehr oder weniger große Zwangslage, in der sich ein Rechtsgenosse befindet, welche das Problem der Grundrechtsbindung aufwirft[159].

Leisner will also keineswegs jedermann der Grundrechtsbindung unterstellen. Eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten soll lediglich in Ausnahmefällen stattfinden. Nur wenn eine "unentrinnbare Lage" besteht, wenn sich ein Rechtsgenosse in derartiger Abhängigkeit eines anderen befindet, daß er sich ihr nicht entziehen kann, soll der private Machtinhaber der Grundrechtsbindung unterstehen.

Mit Anerkennung der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrecht taucht die Frage nach dem Verhältnis zwischen Freiheit und Bindung auf. Da jeder Bürger, der der Grundrechtsbindung unterworfen ist, gleichzeitig selbst auch Grundrechtsträger ist, kommt es zwangsläufig zu einer Kollision von Grundrechten. Leisner löst diese Schwierigkeit mit seinem "Kernbereichdenken"[160]. Er geht dabei von Art.19 Abs.II GG aus, der nur eine Verletzung der Grundrechte i n i h r e m W e s e n s g e h a l t verbietet. Leisner

158) A.a.O., S.207.
159) A.a.O., S.210.
160) A.a.O., S.152 ff.

schließt daraus, daß die Bürger sich untereinander in ihren Grundrechten beeinträchtigen dürfen und es ihnen nur verwehrt ist, die Grundrechte des anderen in ihrem Wesensgehalt anzutasten.

Die unverletzliche Garantie des jeweiligen "Kernbereichs" besteht nach Ansicht Leisners auch gegenüber der Vertragsfreiheit [161], die durch Art.2 GG mitgarantiert ist. Nach Leisner ist die Vertragsfreiheit, verfassungsrechtlich gesehen, eine privatrechtliche, auf der Stufe des einfachen Gesetzes stehende "Globalkompetenz zum Eingriff in eigene und fremde Grundrechte"[162]. Die Vertragsfreiheit, die selbst nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet werden dürfe, gehe bis an den "Kernbereich" der Grundrechte. Ein Vertrag, der jedoch den Wesensgehalt eines Grundrechtes verletze, sei nicht mehr von der Vertragsfreiheit gedeckt und nach § 134 BGB unwirksam. Die Ausübung der Vertragsfreiheit müsse sich im Rahmen der Grundrechte halten.

Nach Auffassung Leisners kann eine Grundrechtsverletzung als unerlaubte Handlung über § 823 Abs.II BGB geltend gemacht werden.

Kürzlich hat Gamillscheg [162a] die Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht untersucht und bejaht. Als tragende Begründung für die Dritt-

---

161) A.a.O., S.389.
162) A.a.O., S.330.
162a) AcP 1964, S.384ff.

wirkung wird der Satz: "Was dem Staat nicht erlaubt ist, ist erst recht dem Privaten verwehrt" gegeben. Der einzelne kann nach Gamillscheg nicht frei sein von den Bindungen, die sich die Allgemeinheit selbst auferlegt hat. Der Staat beschränkt sich selbst, weil er gegenüber dem Bürger übermächtig ist. Darin liegt nach Gamillscheg zugleich die notwendige Begrenzung der Drittwirkung. Nur wo der einzelne dem Staat in bezug auf die Macht vergleichbar ist, wo er eine soziale Gewalt darstellt, ist die Unterwerfung unter die gleichen Beschränkungen, wie sie der Staat sich auferlegt, nach Gamillscheg begründet [162b]. Die der Drittwirkung zugänglichen Grundrechte sollen nach der Auffassung von Gamillscheg sowohl unmittelbar als auch mittelbar durch die arbeitsrechtlichen Generalklauseln wirken [162c]. Dem ist in vollem Umfang zuzustimmen [162d].

c) Eigene Stellungnahme.

Die Menschenwürde kann nicht nur gegenüber dem Staate bestehen. Als "Grundforderung unserer Verfassung", als Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung"163)wirkt sie gegenüber jeder-

---

162b) a.a.O., S. 406/407.

162c) a.a.O., S. 403/404 und 419. Vgl. auch Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S.757.

162d) Siehe den folgenden Abschnitt.

163) von Mangoldt-Klein, Bd.I, Art.1 Anm.III 1 b).

mann [164]. Da sich die Grundrechte aus der Menschenwürde ergeben, sind auch sie von jedermann zu achten. Jedoch ist der Bürger freier als der Staat, da er im Gegensatz zum Staat selbst Grundrechtsträger ist. Während im staatlichen Hoheitsbereich grundsätzlich eine Grundrechtsbindung besteht, ist der Bürger nur ausnahmsweise durch die Grundrechte anderer in seiner Freiheit eingeschränkt.

Die Grundrechte schützten den einzelnen ursprünglich nur dem Staat gegenüber, da es neben der Staatsgewalt kaum eine Macht gab, die die Menschenwürde des einzelnen beeinträchtigen konnte und der historische Verfassungsgeber noch nicht erkannte, daß nichtstaatliche Mächte ebenso wie die staatliche Gewalt solche Beeinträchtigungen vornehmen können. Heute ist es insbesondere die private Wirtschaftsmacht, die die Freiheit des Bürgers so bedrängen kann, daß seine Menschenwürde verletzt wird. Da der S i n n der Grundrechte darin besteht, dem einzelnen ein bestimmtes Maß an persönlicher Freiheit zu belassen, muß der Grundrechtsschutz gegenüber j e d e m bestehen, der diese Freiheit über das zulässige Maß hinaus einengt. Es kann dabei nicht darauf ankommen, ob es zufällig der Staat, eine private Wirtschaftsgruppe oder ein Bürger ist, der die Freiheit des einzelnen übermäßig bedrängt. Der Schutz der Menschenwürde, den das Grundgesetz erkennbar allumfassend garantiert, wäre unvollkommen, wenn man ihn auf Eingriffe staatlicher Macht beschränken wollte.

---

164) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl. 1959, S. 94.

Das Grundgesetz selbst erkennt im Art. 9 Abs.III S.2 eine Drittwirkung ausdrücklich an. Abreden zwischen Privaten, die das Grundrecht der Sozialpartner auf freie Bildung von Interessenverbänden einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, darauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte findet also im Grundgesetz ein ausdrückliches Beispiel.

Art. 20 Abs.I GG erklärt die Bundesrepublik Deutschland zu einem demokratischen und sozialen Bundesstaat. Nach Art.28 Abs.I S.1 GG ist die Bundesrepublik ein sozialer Rechtsstaat. Über die Bedeutung dieser Bestimmungen herrscht zwar Streit. Die Sozialstaatlichkeit wird teils als ein "unmittelbar verbindlicher Rechtssatz" [165], teils als "substanzloser Blankettbegriff" [166] bezeichnet. Es ist zuzugeben, daß der Begriff des sozialen Staates "nicht eindeutig" [167], "farblos" und "inhaltlich unbestimmt" [168] ist. Das darf jedoch nicht dazu verführen, in der Sozialstaatsklausel eine bloß programmatische Forderung zu sehen [169], deren Verwirklichung der künftigen Gesetzgebung überantwortet ist [170].

165) Hamann, Kommentar, Einführung I D 2.

166) Grewe, DRZ 1949, S.351; dagegen Müller, Betrieb 1956, S.525.

167) Grewe, Der Arbeitgeber 1950/51, S.42.

168) Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.27.

169) Laufke, S.184.

170) So aber Nikisch, BB 1955, S.198 und A.Hueck, Anm. zu BAG, U.v.21.10.1954, AP Nr.7 zu § 1 KSchG und Ipsen, Über das Grundgesetz, S.17. Gegen die Deutung der Sozialstaatsklausel als bloßen Programmsatz Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.27; Laufke, S.184; Chr.F.Menger, S.27.

Als nach Art.79 Abs.III unverbrüchliche Verfassungsnorm stellt die Sozialstaatsklausel einen der tragenden Grundsätze unserer Verfassung dar, der von unmittelbarer Bedeutung für das Verhältnis von Freiheit und Bindung auch und gerade unter Privaten ist. Das Sozialstaatsprinzip ist unmittelbar geltendes Recht [171]. Darauf hat besonders Reuss hingewiesen [171a].

Nach der Auffassung von Reuss enthält die Sozialstaatsklausel eine "Tönung" unserer gesamten Rechtsordnung dahingehend, sie mit dem Geist materieller Gerechtigkeit zu erfüllen und immente Schranken der Freiheitsrechte zu errichten im Sinne der Rücksichtnahme auf andere, insbesondere wirtschaftlich oder sozial Schwache[171b]. Die Sozialstaatsklausel wird nach der Ansicht von Reuss also auch im Privatrecht wirksam[171c]. Dem ist zuzustimmen. Das Wort "sozial"[172] in Art. 20 und 28 GG bedeutet, daß das gesamte einschlägige Recht eine soziale Tendenz haben soll.[173] Jedem soll ein der menschlichen Würde entsprechendes Dasein ermöglicht werden [174]. Durch die Sozialstaatsklausel soll insbesondere der sozial Schwache vor der Macht des sozial Starken geschützt werden [175], gleichgültig, ob die Sozialmacht in den Händen des Staates oder

---

171) Hamann, Kommentar, Einführung I D 2; Huber, DöV 1956, S.200/201.

171a) Sozialstaatsprinzip, S.17.Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.17.

171b) Wirtschaftsverwaltungsrecht, a.a.O.

171c) Sozialstaatsprinzip, S. 24.

172) Zum Begriff des "Sozialen" s.o. S.-18/19-.

173) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 7.Aufl.,S.60; Laufke, S.185.

174) BAG, Betrieb 1954, S.1024.

175) Laufke, a.a.O.; Müller, Betrieb 1956, S.525 u. 526. Reuss, Sozialstaatsprinzip, S.31.

eines Privaten liegt. Eine Unterscheidung zwischen staatlicher und privater Macht wäre sinnlos. Der Bürger kann durch j e d e Art von Macht in seinen Grundrechten verletzt werden. Der Staat kann eine Glaubensgemeinschaft diskriminieren, indem er ihren Anhängern verbietet, ihre Meinung im "Rundfunk oder Fernsehen" zu äußern. Private Verleger können die gleiche Diskriminierung vornehmen, indem sie durch Absprache eine Drucklegung der Zeitschrift der Glaubensgemeinschaft ablehnen [176].

Der Inhaber der Sozialmacht muß seine Freiheit zugunsten des Schwachen einschränken. Da die Freiheitsrechte in seiner Hand viel stärker wirken als ihre Ausübung durch den sozial Schwachen, ist diese einseitige Freiheitsbeschränkung zulässig und erforderlich. Insbesondere das Grundrecht der Vertragsfreiheit ist sozialen Grundsätzen entsprechend auszuüben [176a]. Der sozial Starke muß Rücksicht auf die Interessen des sozial Schwachen nehmen. So ist auch der Arbeitgeber in seiner Vertragsfreiheit gegenüber den Arbeitsnehmern als den sozial Schwächeren an Art. 20 und 28 GG gebunden. Für den einzelnen Arbeitnehmer ist die Vertragsfreiheit regelmäßig von geringerem Wert als für den Arbeitgeber. Dieser muß bei der Ausübung seiner Vertragsfreiheit den berechtigten Interssen der Arbeit-

---

176) Vgl. BAG E 1, S.193, Das BAG stützt die unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechte in erster Linie auf das normative Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat. Zustimmend Werner, AöR Bd. 81 (1956), S.93.

176a) Reuss, Sozialstaatsprinzip, S. 24.

nehmer Rechnung tragen. Die Vertragsfreiheit wird durch den Grundsatz des sozialen Staates begrenzt [177].

Die Sozialstaatsklausel trägt wesentlich dazu bei, die sozialen Unterschiede auf das erstrebenswerte Minimum zurückzuführen und den oft nur theoretisch bestehenden Rechten sozial Schwacher zu praktischer Bedeutung zu verhelfen. Alle Freiheitsrechte stehen unter einem "sozialen Grundvorbehalt" [178]. Die individuelle Freiheit unterliegt der sozialen Bindung [179]. Art.2 Abs.I GG garantiert nicht bedingungslose, sondern sozialgebundene Freiheit [180]; denn der Sozialstaat gehört zur verfassungsmäßigen Ordnung [181]. Die Bindung an die Sozialstaatsklausel ist um so intensiver, je größer die soziale - insbesondere die wirtschaftliche Macht des einzelnen ist. Der private Machtinhaber muß sich sozial verhalten, d.h. er darf seine eigenen Interessen nicht in zu mißbilligender Weise über die Interessen anderer stellen.

Art. 14 Abs.II GG bestimmt: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen". Diese Vorschrift ist eine

---

177) BAG E 1, S.128 ff u. 138; Reuss, Sozialstaatsprinzip, a.a.O.

178) Krüger, BB 1953, S.566.

179) Huber, Lehrb. I.Bd., S.46; Müller, Betrieb 1956, S.562; VGH Stuttgart, Verw.Rspr.Bd.7 (1955) S.423.

180) Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S.42; Scheuner, Die staatliche Intervention, S.22.

181) Scheuner, a.a.O.,; Huber, a.a.O., S.663; von Mangoldt-Klein, Bd.II, Art.20, Anm.VIII i.V. mit Anm. VII = S.610 u. S. 604.

Konkretisierung der Sozialstaatsklausel auf dem Gebiete des Eigentumsrechts [182]. Der Eigentümer darf mit seinem Eigentum nicht nach Belieben verfahren, wie es noch § 903 BGB vorsieht, sondern muß bei der Ausübung seines Eigentumsrechtes zugleich die berechtigten Interessen der Allgemeinheit berücksichtigen. Er muß sich zumutbare Belastungen gefallen lassen, ohne einen Anspruch auf Entschädigung zu haben.

Je größer die wirtschaftliche Macht des einzelnen auf Grund seines Eigentums ist, um so eher ist er zur Rücksichtnahme gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet. Da das durch Art.14 Abs.I GG geschützte Eigentumsrecht in der Hand eines Eigentümers großer Werte stärker wirkt als in der Hand des Inhabers nur geringer Werte, so ist es angemessen, daß dem sozial stärkeren Eigentümer größere Beschränkungen auferlegt werden. Doch auch aus anderem Grunde ist der Eigentümer großer Werte in stärkerem Maße zu sozialer Ausübung seines Eigentums verpflichtet als der Kleineigentümer. Der Staat schützt das Eigentum eines jeden. Das Grundgesetz gewährleistet das Eigentum, und unsere Rechtsordnung sichert den Bestand desselben. Der Kleineigentümer bedarf keines großen staatlichen Aufwandes zum Schutze seines Eigentums. Der auf Grund seines Eigentums wirtschaftlich Starke nimmt demgegenüber viel eher und in ungleich höherem Maße staatlichen Schutz in Anspruch, z.B. bei Straftaten, die sich gegen

---

182) von Mangoldt-Klein, Bd. I, Art 14 Anm. V 2 a); Huber, II. Bd., S. 13; Knoll, S.489.

sein Eigentum richten oder bei einem Großbrand, bei dem die Feuerwehr eingesetzt wird. So muß es sich der Großeigentümer auch gefallen lassen, daß der Staat und seine Rechtsordnung sein Eigentum stärker als das des Schwachen belasten. Diese Belastung bleibt nicht allein der künftigen Gesetzgebung überlassen. Art.14 Abs.II GG ist unmittelbar geltendes Recht [183]. Die Ansicht, daß die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nur eine Programmsatz für die Gesetzgebung [184] und eine Norm von nur sittlicher Bedeutung [185] sei, ist abzulehnen [186]. Jedem Eigentümer werden durch Art.14 Abs.II unmittelbar soziale Verpflichtungen auferlegt, die nicht erst durch Spezialgesetze konkretisiert werden müssen [187]. Allerdings ist die Ansicht, die sich zur Begründung dieser Auffassung d i r e k t auf Art.1 Abs.III GG stützt [188], abzulehnen. Vielmehr ist aus dem eindeutigen Wortlaut des Art.14 Abs.II GG und aus der Eigenschaft der Grundr e c h t e als unmittelbar geltendes Recht zu entnehmen, daß auch die im Grundrechtskatalog stehende P f l i c h t zu sozialer Ausübung des Eigentums den Eigentümer direkt verpflichtet. Diese Pflicht besteht nicht

---

183) Knoll, a.a.O.; Huber, a.a.O.

184) von Mangoldt-Klein, Bd.I, Art.14 Anm.II 5.

185) Maunz- Deutsches Staatsrecht, S.129; von Mangoldt-Klein, Bd.I, Art.14 Anm.V 2.b).

186) Gegen die Auslegung des Art.14 Abs.II GG als bloßen Programmsatz ausdrücklich: Wernicke, Bonner Kommentar, Art.14, II.5; Ipsen Enteignung und Sozialisierung, S.85; Huber, Lehrb. II.Bd., S.13; Knoll. S.489.

187) Huber, a.a.O.

188) Knoll, a.a.O.

nur dem Staat und der Allgemeinheit gegenüber. Zwar soll der Gebrauch des Eigentums nach Art.14 Abs.II S.2. nicht dem Wohle einzelner Dritter, sondern dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Dennoch besteht auch dem einzelnen gegenüber eine Pflicht zur Rücksichtnahme bei der Ausübung des Eigentumsrechts [189], solange die Allgemeinheit ein Interesse am Schutze des einzelnen hat. Sind die Interessen des einzelnen zugleich Interessen der Allgemeinheit, so besteht eine unmittelbare Drittwirkung des Art.14 Abs.II GG.

Aus all diesen Erwägungen ergibt sich, daß die Grundrechte nicht nur den Staat, sondern auch Private binden.

Wenn dem hoheitlich handelnden Staate gegenüber grundsätzlich Grundrechtsschutz besteht, dem Bürger gegenüber aber nur ausnahmsweise, so ist das einmal mit der praktischen Machtverteilung zu erklären. In der Regel steht der Bürger nur gegenüber dem Staat in einer Situation der Abhängigkeit, aus der es keinen Ausweg gibt. Nur im Ausnahmefall befindet er sich gegenüber einer Privatperson in einer derartigen Lage, weil Private nur selten die dafür erforderliche übergroße Macht innehaben. Außerdem besitzt auch der private Gewaltinhaber im Gegensatz zum staatlichen Machtträger Grundrechte, die der von ihm tatsächlich Abhängige nicht durch seine "Macht", die ihm die Grundrechte gewähren, ausschalten darf. Es muß daher von Fall zu Fall sorgfältig geprüft werden, ob eine unmittelbare Grundrechtsverletzung Privater, die nur von dem Inhaber

189) Leisner, S.299; Enneccerus-Nipperdey, 1. Halb-Bd. S.109; Huber, DöV 1956, S.202.

privater Gewalt gegenüber einem von ihm abhängigen Bürger begangen werden kann, vorliegt und wieweit die Grundrechte des Starken vor den Grundrechten des Schwachen zurücktreten müssen. Insbesondere muß bei der Geltendmachung des Grundrechts auf Gleichheit die Vertragsfreiheit des Gegners berücksichtigt werden. Sie darf nicht übermäßig eingeengt werden [190].

Zu beachten ist, daß der Inhaber sozialer Macht die Grundrechte wie der Staat nicht erst in ihrem Kern, sondern auch in ihrem Randbereich nicht antasten darf. Das ergibt sich aus den gleichen Wirkungen staatlicher und privater Macht auf den einzelnen. Die private Macht muß die gleichen Einschränkungen wie die staatliche Macht erfahren. Auch der Staat muß die Grundrechte bereits im Randbereich achten.

Der Lehre Nipperdeys und Leisners von der unmittelbaren Grundrechtsdrittwirkung ist somit beizutreten. Darüber hinaus aber muß im Gegensatz zu beiden Verfassern auch eine mittelbare Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht über die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln i.S. Dürigs anerkannt werden. Es ist nicht einzusehen, wieso die eine Lehrmeinung die andere ausschließen sollte. Beide ergänzen sich vielmehr und sind, jede für sich genommen, nur unvollkommen. Eine unmittelbare Grundrechtsdrittwirkung kann, so wurde festgestellt, nur in Ausnahmefällen bestehen. Viel häufiger wird es vorkommen, daß ein Bürger die Grundrechte im Rahmen der §§ 242, 138, 826 BGB gegenüber einem ihm sozial gleichgestellten

---

190) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, I.Halb-Bd.,S.103.

Bürger zu beachten hat. Auch hier ist es von Bedeutung, daß die Bundesrepublik ein "sozialer" Rechtsstaat ist. Was Treu und Glauben beinhalten und was sittenwidrig ist, muß am Begriff des Sozialen gemessen werden. Ein grundrechtswidriges, unsoziales Verhalten muß nicht, k a n n aber gegen Treu und Glauben verstoßen oder sittenwidrig sein. W a s gegen Treu und Glauben verstößt und w a s sittenwidrig ist, läßt sich den Grundrechten entnehmen, ohne daß gleich eine unmittelbare Grundrechtsverletzung vorliegen muß. So ist beispielsweise der Vertrag zweier Hauseigentümer, an Juden keine Wohnungen zu vermieten, wegen Verletzung des Art.3 GG sittenwidrig, ohne daß zugleich ein direkter Verstoß gegen Art.3 vorliegt, weil die so Diskriminierten von anderen Vermietern Wohnungen erhalten können. Erst der Vertrag, in dem sich alle Hauseigentümer einer Stadt zu solchem Verhalten verpflichten, verstößt unmittelbar gegen Art.3 GG. Gegen diese "kombinierte Theorie" sollte nicht eingewandt werden, eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte im Privatrecht erübrige sich, wenn man bereits durch mittelbare Anwendung über die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln zur Grundrechtsbindung des Privatrechtsverkehrs gelange. Es ist ein beachtlicher, gradueller Unterschied, ob ein Vertrag sittenwidrig ist, der Verstoß gegen die guten Sitten an den Grundrechten gemessen wird und er daher nach § 138 BGB nichtig ist, oder ob der Vertrag nach § 134 BGB nichtig ist, weil er unmittelbar gegen ein Verbot des Grundgesetzes verstößt. Freilich ist das Ergebnis das gleiche, jedoch muß bei einer Grundrechtsverletzung im absoluten Abhängigkeitsverhältnis rechtlich zum Ausdruck kommen, daß hier ein u n -

m i t t e l b a r e s Verbot des Verstoßes gegen die Grundrechte besteht. Bei Verletzung des Wesensgehaltes der Grundrechte muß erkennbar werden, daß es sich nicht nur um ein sittenwidriges Verhalten, sondern zugleich um den Verstoß gegen ein den Verletzer unmittelbar bindendes Grundrecht handelt. - Nicht zuzustimmen ist Olbersdorf [191], der eine unmittelbare Berufung auf die Grundrechte im Privatrecht erst dann für erforderlich erachtet, wenn die Grundrechtsverletzung nicht schon durch eine "grundrechtskonforme Auslegung der bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln" zivilrechtlich geahndet werden kann. Bei der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte wird das grundrechtswidrige Verhalten immer zugleich auch sittenwidrig oder treuwidrig sein, so daß man praktisch nie zu einer direkten Anwendung der Grundrechte im Privatrecht gelangen würde.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Gleichheitssatz des Art.3 GG auch im Privatrecht gilt. Grundsätzlich kommt nur eine mittelbare Anwendung über die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 und 826 BGB in Frage. Ausnahmsweise ist Art.3 GG unmittelbar anwendbar und durch § 134 und § 823 Abs.II BGB im Privatrecht zu verwirklichen.

III. Die Bindung des staatlichen Arbeitgebers an den Gleichheitssatz.

Art. 33 Abs.II GG ist für die Einstellungspflicht

---

191) Olbersdorf, S.202.

des staatlichen Arbeitsgebers im Verhältnis zu Art. 3 GG die Sondernorm, soweit es sich um Einstellungen im öffentlichen Dienst handelt [192]. Daneben aber hat Art.3 für die staatlichen Betriebe, die nur Erwerbszwecken dienen, eine selbständige Bedeutung. Hier unterscheidet sich der staatliche Arbeitgeber nicht vom privaten Unternehmer, da er die Arbeiter und Angestellten nicht im öffentlichen Dienst einstellt. Im Hinblick auf die Einstellung von Arbeitnehmern in staatlichen Erwerbsbetrieben soll daher im folgenden untersucht werden, inwieweit der staatliche Arbeitgeber an Art. 3 GG gebunden ist.

Wenn, wie festgestellt, die Hoheitsgewalt des Staates durch Art. 1 Abs. III GG unmittelbar zur Achtung der Grundrechte verpflichtet ist und die "Privatgewalt" der Bürger grundsätzlich mittelbar, ausnahmsweise unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Grundrechtsschranken auch der "Privatgewalt des Staates" Einhalt gebieten. Der Staat kann nicht als Fiskus etwas tun, was ihm auf Grund selbst gesetzter Normen als hoheitlich handelnde Gewalt verboten wäre [193]. Die Bindung des Fiskus an die Grundrechte und insbesondere an den Gleichheitssatz ist heute

---

192) S.o. S. - 32 - Anm. 86.

193) Dürig, JZ 1953, S.199, Anm. 64).

auch überwiegend anerkannt [194]. Wie der private Machtinhaber, so muß auch der privatrechtlich tätig werdende Staat die Grundrechte der seiner Gewalt faktisch Unterworfenen achten, weil die Menschenwürde, aus der die Grundrechte folgen, ein gegen j e d e Einwirkung geschütztes Gut des Menschen ist.

Immer setzt die unmittelbare Grundrechtsanwendung voraus, daß die Einwirkung so stark ist, daß der Bürger durch sie in eine freiheitsbedrohte Situation gerät. Auch der Fiskus ist unmittelbar nur grundrechtsgebunden, wenn sich der Bürger ihm gegenüber in einem starken, tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnis befindet. Da feststeht, daß auch der im Bereich des Privatrechts handelnde Staat der Grundrechtsbindung unterworfen ist, kann es für unseren Zusammenhang nur problematisch sein, ob der staatliche Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitsnehmern e h e r unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist als der private Unternehmer.

---

194) Leisner, S.206 ff.; Löw, S.879; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 62; ders., DöV 1953, S. 423; E. Becker, S.111; Böckenförde, S. 10 u. 11 (einschränkend); Bobrowski, S. 46; Hueck, I. Bd., S. 866; Siebert, Festschr. f. Niedermeyer, S. 240 (läßt die Frage zum Teil offen); Krüger, DVBl. 1955, S.384; Köttgen, S.487; Ipsen, DVBl. 1953, S.620; Dürig, Maunz-Dürig, Art. 1, Rand-Nr. 134 ff; ders., Festschr. f. Nawiasky, S. 184 ff.; Dürigs Einschränkung, die Grundrechtsbindung des Fiskus bestehe nur dort, wo materiell öffentliche Zwecke und Aufgaben in privatrechtlichen Formen verwirklicht werden, ist allerdings abzulehnen. Es kommt allein auf die Intensität der Abhängigkeit des Bürgers vom Fiskus an. Die private Macht des Staates ist wie die Macht Privater grundrechtsgebunden. Siehe die Ausführungen im Text. Wie Dürig auch Wolff, Verwaltungsrecht I.S.84 u. 85.

Die Abhängigkeit des Bürgers von der Versorgung durch den Fiskus braucht in der Tat nicht so intensiv zu sein, wie sie im Verhältnis der Bürger untereinander für die unmittelbare Grundrechtsanwendung erforderlich ist. Der zu Erwerbszwecken tätig werdende Staat kann sich zwar wie jeder private Unternehmer auf die im Wirtschaftsverkehr geltende Vertragsfreiheit berufen, jedoch ist der Staat auch in seinem privaten Handeln gebundener als der Bürger [195]. Die Vertragsfreiheit des Staates muß gegenüber den Grundrechten der Bürger und insbesondere gegenüber Art.3 GG eher zurücktreten als die Vertragsfreiheit Privater. Der Staat ist als Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitsnehmern eher als der private Unternehmer unmittelbar an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden [196]. Im übrigen unterliegt auch der privatrechtlich handelnde Staat der mittelbaren Bindung an Art. 3 GG über die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 und 826 BGB [197].

Während die unmittelbare Bindung des staatlichen Arbeitgebers an Art. 3 GG voraussetzt, daß der Bürger auf den freien Arbeitsplatz im staatlichen Betrieb angewiesen ist, ist der öffentliche Dienstherr immer an Art. 33 Abs.II GG gebunden.

---

195) Bachof, Die Verwaltungsgerichtliche Klage..., S. 69 u. 70; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 211; Krüger, DVBl. 1955, S. 384;

196) So auch Bachof, RdA 1953, S. 46; Bischoff, S. 427. Gegen jede Bindung Böckenförde, S. 11 insbes. Anm. 3).

197) Dürig, JZ 1953, S. 199 und ZgesStW 109. Bd., S. 341.

Ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen Bürger und Staat braucht nicht vorzuliegen. Daher wird Art. 33 Abs. II häufiger als Art. 3 anwendbar sein. Art. 33 Abs. II stellt den Arbeitsuchenden günstiger als Art. 3.

IV. Der Inhalt des Gleichheitssatzes im Hinblick auf die Einstellung.

Der Gleichheitssatz gilt nur dort, wo gleiche Tatbestände vorliegen. Nur tatbestandlich Gleiches ist rechtlich gleich zu behandeln [198]. Die Berücksichtigung natürlicher Verschiedenheiten und eine daraus folgende Ungleichbehandlung ist zulässig [199]. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund für die unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände nicht vorliegt, d.h. wenn willkürliche Unterscheidungen vorgenommen werden [200]. Das Gleichheitsgebot ist daher ein Willkürverbot[201]. W e l c h e Unterscheidungen unzulässig sind, bestimmen Art. 3 Abs.II und III näher. Wenn die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung des Art.3 vorliegen, so darf der staatliche oder private Arbeitgeber, der die Absicht hat, Arbeitnehmer einzustellen, unter gleichgeeigneten Bewer-

198) BVerfG, JZ 1953, S.89 f.; BAG E 1, S.54; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 10.Aufl.1961, S.104.

199) Wernicke, Bonner Kommentar,Art.3,II.Erl. 1 b).

200) BVerfG 1, S.16 u.275; 3, S.58 u.182; 4, S. 155, 219 u. 357; Giese-Schunk, Art.3, Erl.II 3; Ipsen, Gleichheit, S.152; Nipperdey, RdA 1950, S.123.

201) Ipsen, a.a.O.; Küchenhoff, JR 1959, S.284.

bern keine durch Art.3 verbotenen Diskriminierungen vornehmen. Selbst wenn der abgewiesene Bewerber der einzige Arbeitsuchende ist, liegt ein Verstoß gegen Art.3 vor, wenn die Einstellung aus den dort genannten Gründen verweigert wird. Ein Bewerber darf nicht lediglich deswegen abgewiesen werden, weil er beispielsweise eine bestimmte politische Anschauung hat.

Das Bundesarbeitsgericht [202] macht für die Geltung des Gleichheitssatzes im Privatrechtsverkehr eine Einschränkung. Wie festgestellt, soll auch nach Ansicht des BAG Art.3 die Rechtsgenossen unmittelbar binden [203]. Das könne aber nur für solche Maßnahmen gelten, die jedes verständigen und zu billigenden Sinnes entbehren. Andernfalls würde die in der Verfassung verbürgte privatrechtliche Gestaltungs- und Vertragsfreiheit ungebührlich eingeschränkt. Das BAG nimmt als Maßstab dafür, was im Privatrecht als willkürlich zu gelten hat, die "rule of reason". Die Willkür ergebe sich "aus der Natur der Sache" [204]. Ein Verstoß gegen Art.3 GG liege nur vor, wenn die Sonderbehandlung gerade wegen und nur wegen eines der in Abs. III aufgeführten Gründe erfolgt [205]. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, aber die Einschränkung muß auch für den privatrechtlich handelnden Staat gelten. Ein Verstoß gegen Art.3 liegt nur vor, wenn die Einstellung eines Bewerbers gerade wegen und nur wegen der in Art.3 genannten Gründe abgelehnt wird. Gerade bei der Einstellung von Arbeitnehmern spielen viele Gesichtspunkte eine Rolle, die den Arbeitsgeber be-

---

202) U.v. 3.12.1954, E 1, S. 185 ff.
203) S.o. S. - 55 -.
204) So auch Küchenhoff, JR 1959, S. 282.
205) BAG, a.a.O., S. 196.

rechtigterweise veranlassen, einen Arbeitsuchenden abzuweisen oder anzunehmen. Es kann dem privaten wie auch dem staatlichen Unternehmer nicht verwehrt werden, die Einstellung eines Arbeitnehmers abzulehnen, der zu alt ist, oder der jähzornig ist, oder der häufig krank wird, oder der einen ungünstigen Einfluß auf andere Arbeitnehmer des Betriebes auszuüben droht usw. Wird ein solcher Bewerber gleichzeitig wegen eines der in Art.3 genannten Gründe abgewiesen, so liegt zwar ein Verstoß gegen Art.3 vor, aber dieser Verstoß macht die Ablehnung des Begehrens der Einstellung nicht unzulässig. Zwar ist die Diskriminierung für sich allein betrachtet verboten. Die Ablehnung ist jedoch wegen eines weiteren, von Art.3 nicht erfaßten Grundes erlaubt. Nur für den Fall, daß der angegebene Grund offenkundig willkürlich ist, kann ein Verstoß gegen Art. 3 vorliegen, auch wenn der Grund nicht unter Abs.II oder III fällt [206]. Es liegt dann ein Verstoß gegen die allgemeine Verbotsnorm des Abs.I vor. In solchem Falle darf der angegebene Grund nicht berücksichtigt werden, weil er für die Beurteilung der Frage, ob gleiche Tatbestände vorliegen, unbeachtlich ist. Bewerber, die die gleichen Voraussetzungen erfüllen, s i n d gleichwertig, auch wenn der eine katholischen und der andere evangelischen Glaubens ist.

V. Grundsatz: Kein Anspruch auf Einstellung nach Art. 3 GG.

Aus dem Gleichheitssatz des Art.3 GG kann grundsätzlich kein Anspruch auf Einstellung hergelei-

---

206) Vgl. Ipsen, Gleichheit, S.145.

tet werden, weil der Arbeitgeber zunächst einmal bereit sein muß, überhaupt Arbeitskräfte einzustellen. Die über den Gleichheitssatz angestellten Erwägungen dürfen nicht dazu führen, Arbeitgeber, die überhaupt keine neuen Kräfte einstellen wollen, zum Abschluß von Arbeitsverträgen zu verpflichten. Der Gleichheitssatz kann einen Unternehmer nur in seiner Entscheidungsfreiheit über die Frage, w e l c h e Arbeitskräfte er einstellt, einschränken, vorausgesetzt, daß eine so intensive Abhängigkeit der Arbeitsuchenden von der sozialen Macht des einstellenden Betriebes vorliegt, daß eine Drittwirkung des Art.3 GG eintritt. Das wird nur selten der Fall sein.

VI. Einstellungspflicht in Ausnahmefällen.

Zu Eingang wurde das Problem der Einstellungspflicht auf Grund des Art.3 GG an Hand eines Beispiels gestellt [207]. In dem dort verzeichneten Fall, auf den Bezug genommen wird, besteht ein Kontrahierungszwang, dh. eine Einstellungspflicht des Arbeitgebers, da sämtliche Voraussetzungen dafür gegeben sind:

- Es besteht zwischen dem Unternehmer und den einheimischen Arbeitern jenes intensive Abhängigkeitsverhältnis, das für eine unmittelbare Grundrechtsanwendung erforderlich ist. Die Arbeitslosen sind auf die freien Arbeitsplätze des Großbetriebes dringend angewiesen, da bei anderen Arbeitgebern der Umgebung keine Arbeitsmöglichkeiten bestehen [207a].

Es sollte nicht eingewandt werden, die Arbeitslosen könnten sich der Abhängigkeit von dem Großunternehmen durch Abwanderung in andere Teile des Bundesgebietes entziehen. Das ist unzumutbar.

---

207) S.o. S. -47-.

207a) Vgl. Gamillscheg, AcP 1964, S.417 u. 418, der betont, daß dem Unternehmer, der eine soziale Machtstellung innehat, eine verfassungswidrige Einstellungspolitik verwehrt ist.

- Dem Großunternehmen stehen freie Arbeitsplätze zur Verfügung und es ist auch bereit, diese zu besetzen, da laufend ausländische Arbeitskräfte eingestellt werden.

- Der Arbeitgeber kann keine anderen Gründe für die Abweisung geeigneter einheimischer Arbeitsloser nachschieben, da sachliche Ablehnungsgründe nicht vorhanden sind. Die einheimischen Arbeitslosen sind den ausländischen Bewerbern als Arbeitskräfte gleichwertig. Keineswegs wird der Arbeitgeber von allen Arbeitslosen behaupten können, sie würden den Betriebsfrieden stören, sie wären häufig krank oder sie seien unzuverlässig. Zumindest bei der Mehrzahl der abgewiesenen Bewerber erfolgte die Ablehnung der Einstellung n u r aus diskriminierenden Gründen. Selbst wenn der Arbeitgeber die Arbeitsuchenden ohne Begründung abweisen würde, läge ein Verstoß gegen Art.3 Abs.III vor, da es bei der laufenden Einstellung von Ausländern offenkundig ist, daß die Abweisung einheimischer Bewerber nur wegen ihrer Heimat und Herkunft erfolgt. Will sich der Arbeitgeber gegen die Auslegung seines Verhaltens als Diskriminierung einheimischer Arbeitnehmer wehren, so muß er sachliche Gründe für die Ablehnung angeben. Dazu ist er jedoch bei der Mehrheit der Bewerber nicht in der Lage.

Die für den Betrieb geeigneten Bewerber haben keinen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz. Welche Arbeitsplätze mit welchen Arbeitnehmern zu besetzen sind, bleibt der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers überlassen. Die Bewerber können über § 823 Abs. II BGB i.V. mit Art. 3 Abs.III GG

auf Einstellung klagen [208]. Jeder von ihnen hat einen Individualanspruch auf Einstellung, da jeder diskriminiert würde, wenn er nicht eingestellt würde. Der Arbeitgeber ist demgegenüber aber nur verpflichtet, so viele Arbeitsplätze mit einheimischen Bewerbern zu besetzen, wie es ihm für das Fortbestehen und die Ausweitung seines Unternehmens erforderlich erscheint. Er kann nicht gezwungen werden, alle freien Arbeitsplätze zu besetzen. Gegen diese Einschränkung sollte nicht eingewandt werden, die Anerkennung einer Einstellungspflicht sei sinnlos, weil sich der Arbeitgeber ihr mit dem Bemerken entziehen könne, er wolle überhaupt keine, auch keine ausländischen Arbeitskräfte mehr einstellen. Jeder Unternehmer wird es gegebenenfalls vorziehen, gezwungenermaßen einheimische Arbeitslose anstelle von Ausländern einzustellen, als auf eine gesunde Fortentwicklung seines Betriebes durch die Nichteinstellung an sich benötigter Arbeitskräfte zu verzichten.

Jeder Arbeitsuchende kann seinen Anspruch im Klagewege durchsetzen. Das Urteil ist über § 894 ZPO zu vollstrecken. Den Arbeitgeber trifft ein Kontrahierungszwang.

Wie der private Arbeitgeber, so ist auch der staatliche Unternehmer in Ausnahmefällen verpflichtet, Arbeitsuchende auf Grund des Art.3 GG einzustellen. Die Abhängigkeit der Arbeitslosen vom Staatsbetrieb braucht jedoch nicht so intensiv zu sein.

---

208) Vgl. Nipperdey, RdA 1950, S.125; Krüger NJW 1949, S.166; Leisner, S.403. Gegen jede Bindung an den Gleichheitssatz bei Einstellungen Böckenförde, S.25 und Schmidt-Rimpler u.a. S. 174 u. 175.

Ein Anspruch auf Einstellung kann nur auf Art.3 Abs. I oder Art.3 Abs.III gestützt werden. Ein sich aus Art.3 Abs.II GG ergebendes Recht erscheint kaum vorstellbar. Bei den typischen Männer- oder Frauenbetrieben scheidet Art.3 Abs.II von Anfang an aus. Aber auch in Betrieben, die typischerweise sowohl Frauen als auch Männer beschäftigen, muß es der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers überlassen bleiben, wie viele Frauen und wie viele Männer er einstellt [209]. Beschäftigt er nur Männer oder nur Frauen, so wird er in der Regel dafür sachliche Gründe anführen können und auf die Besonderheiten seines Betriebes hinweisen, z.B. ist der Hotelier grundsätzlich darin frei, ob er nur Kellner oder nur Serviermädchen einstellen will [210]. Wenn aber Männer oder Frauen n u r wegen ihres Geschlechtes abgewiesen werden, so kann eine Einstellungspflicht zugunsten der diskriminierten Bewerber begründet sein. Dabei wird der staatliche Arbeitgeber eher als der private Unternehmer verpflichtet sein, unter den Arbeitsuchenden Männer und Frauen gleichmäßig zu berücksichtigen [211]. Die sog. Tendenzbetriebe werden von Art.3 nicht betroffen [212]. Andere als die von ihnen regelmäßig eingestellten Bewerber sind nicht geeignet, den besonderen Anforderungen des Betriebes gerecht zu werden. Sie können daher aus den in Art.3 genannten Gründen

---

209) Molitor, BB 1952, S. 203 und AcP 151.Bd., S. 396 u. 397.

210) Beitzke, Gleichheit von Mann und Frau,S.211.

211) S.o. S. - 72 -; Molitor, BB 1952, S. 203 und AcP 151.Bd., S.398.

212) Dürig, Maunz-Dürig, Art.1, Rand-Nr. 130; ders. Festschr. f. Nawiasky, S. 170.

abgewiesen werden. So kann ein katholisches Krankenhaus die Einstellung von evangelischen Schwestern nur wegen ihrer Religionszugehörigkeit ablehnen.- Eine Volkshochschule dürfte demgegenüber einen jüdischen Dozenten für Musik, soweit sie soziale Macht innehat, nicht wegen seines Glaubens ablehnen; denn hier handelt es sich nicht um einen Tendenzbetrieb.

Verhältnis des Gleichheitssatzes mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, insbesondere im Hinblick auf die Einstellung.

Der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung ist nur innernalb der Betriebsgemeinschaft anwendbar, während der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auch außerhalb von Gemeinschaftsverhältnissen gilt. Eine Einstellungspflicht kann daher - unter besonderen Voraussetzungen- nur aus Art. 3 GG, nicht aber aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden.

Sowohl Art.3 GG als auch der Gleichbehandlungsgrundsatz wurzeln in der überpositiven, naturrechtlichen Gerechtigkeitsidee, nach der alle Menschen gleiche Rechte haben. Gleichheitssatz und Gleichbehandlungsgrundsatz sollen im Grunde dieselbe Funktion erfüllen. Sie sollen den Schwachen vor der willkürlichen Machtausübung eines ihm überlegenen Gewaltinhabers schützen. Während aber der Gleichheitssatz eine allgemeine Norm ist, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz spezieller Natur. Er wurde von Rechtsprechung und Lehre entwickelt, um die in der Betriebsgemeinschaft herrschende starke Abhängigkeit des einzelnen Arbeitnehmers vom Arbeitgeber durch die Pflicht des Arbeitgebers zu gerechter Machtausübung auszu-

gleichen. Der Gleichheitssatz hat eine weitergehende Funktion: Er soll den Bürger vor j e d e r Willkür schützen, die ihn bedroht und ihm gefährlich zu werden vermag. Soweit es sich um private Willkür handelt, muß ein so starkes, tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis des einzelnen Bürgers von der Macht eines anderen Bürgers bestehen, daß der bedrohte Bürger schwere Nachteile erleiden würde, wenn der Inhaber der privaten Gewalt seine Macht nicht gerecht ausüben würde. Bevor im Verhältnis Privater untereinander Art. 3 GG unmittelbar anwendbar ist, muß eine ausweglose Situation der Abhängigkeit des einen Bürgers von der Macht des anderen nachgewiesen werden. Dieser Nachweis ist für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht erforderlich. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers von der Macht des Arbeitgebers braucht bei weitem nicht so groß zu sein, wie sie für die unmittelbare Anwendbarkeit des Art.3 erforderlich ist. Es genügt das Abhängigkeitsverhältnis, das in jeder Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern besteht. In einer Gemeinschaft, wie sie die Betriebsgemeinschaft darstellt, darf viel weniger willkürlich verfahren werden als gegenüber Außenstehenden. Innerhalb der Betriebsgemeinschaft ist der Arbeitgeber immer, m.E. auch beim Lohn, zur Gleichbehandlung verpflichtet, soweit wirklich gleiche Tatbestände vorliegen. Lohngleichheit kann nur bei gleicher Arbeit und Leistung verlangt werden. Auch die Gewerkschaftszugehörigkeit bzw. Nichtzugehörigkeit kann von Bedeutung sein. Sie kann ungleiche Tatbestände schaffen.

Während der Arbeitnehmer, der sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz beruft, auf die gleichartige Behandlung anderer Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber hinweisen muß, hat die Anwendung des

Art.3 GG nicht zur Voraussetzung, daß der Arbeitgeber den Benachteiligten im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern ungleich behandelt. Es genügt, daß er ihm etwas verweigert, bloß weil er einen der in Art.3 aufgeführten Tatbestände erfüllt. Ein Unternehmer, der die Einstellung eines Arbeitnehmers z.B. nur wegen seiner Religion ablehnt, ist unter den geschilderten Voraussetzungen zur Einstellung verpflichtet, auch wenn der Arbeitnehmer der einzige Bewerber ist, also keine Benachteiligung im Verhältnis zu anderen Bewerbern stattfinden kann.

Dritter Abschnitt.

Einstellungspflicht auf Grund kollektiver Vereinbarungen.

A. Die Abschlußgebote in Tarifverträgen.

I. Die Entwicklung der gesetzlichen Regelung.

Die tarifvertraglichen Abschlußgebote regeln nicht den Inhalt bereits geschlossener Arbeitsverträge, sondern befassen sich mit der Begründung neuer Arbeitsverhältnisse. Sie erlegen den Arbeitgebern die Pflicht zum Abschluß von Arbeitsverträgen auf. Diese werden zur Einstellung von Arbeitnehmern verpflichtet.

§ 1 der TarifvertragsVO vom 23.12.1918 gab nur den Bestimmungen des Tarifvertrages normative

Wirkung, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen regelten. Um auch den Abschlußgeboten normative Kraft zu geben, wurden in der Literatur Versuche unternommen, die Abschlußnormen als Inhaltsnormen zu deuten [213]. Diese Bemühungen erzielten zwar ein zu begrüßendes Ergebnis, entbehrten jedoch einer überzeugenden Begründung [214]. Die Abschlußgebote waren unter der Geltung der TVO vielmehr bloße schuldrechtliche Bestimmungen, die dem einzelnen Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Einstellung gegenüber dem verpflichteten Arbeitgeber gaben [215].

Unter der Herrschaft des AOG vom 20.1.1934 wurde auf Grund der veränderten Rechtslage überwiegend angenommen, daß die Abschlußgebote in den Tarifordnungen mit normativer Wirkung ausgestattet seien [216].

Heute ist die normative Kraft der Abschlußgebote durch den Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt. Nach § 1 des TVG vom 9.4.1949 sind die Bestimmungen des Tarifvertrages, die den Abschluß von Arbeitsverhältnissen betreffen, Rechtsnormen.

II. Arten der Abschlußgebote nach dem Tarifvertragsgesetz.

1. Abschlußnormen.

Die zum normativen Teil des Tarifvertrages gehö-

213) Übersicht bei Nipperdey, Lehrb.II.Bd.,3./5. Aufl., S.82 Anm. 116 u. 117.
214) Vgl.Hueck,Festschr.f.Hedemann 1958, S.134.
215) Nipperdey, Lehrb.II.Bd.,S.222; Hueck, TVG-Komm., § 1 Anm.45; Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 129; Monjau-Heimeier, § 1 Anm.6.
216) Nipperdey, a.a.O., S.223.

rigen Abschlußgebote haben als Rechtsnormen zwingende Wirkung. Jeder begünstigte Arbeitnehmer hat in direkter Anwendung der Abschlußnorm [217] u n m i t t e l b a r gegen den verpflichteten Arbeitgeber einen Individualanspruch auf Einstellung [218]. Indessen sind Rechtsnormen, die die N e u einstellung von Arbeitskräften regeln, nicht häufig. Die Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberverbände sind nur selten bereit, fremden Arbeitnehmern, die noch nicht bei dem jeweils verpflichteten Arbeitgeber beschäftigt waren, einen Individualanspruch auf Einstellung tarifvertraglich zu gewähren. In erster Linie kommt hier nur ein Individualanspruch auf b e v o r z u g t e Einstellung infolge der Zugehörigkeit zu einer begünstigten Arbeitnehmergruppe in Betracht [219], der voraussetzt, daß die verpflichteten Arbeitgeber überhaupt Einstellungen vornehmen wollen. In einem Tarifvertrag kann beispielsweise jeder tarifgebundene Arbeitgeber zur bevorzugten Einstellung von älteren Arbeitnehmern oder von Schwerbeschädigten über die gesetzliche Pflichtquote hinaus verpflichtet werden [220], die sich bei ihm melden.

2. Schuldrechtliche Abschlußgebote.

In der Tarifpraxis werden schuldrechtliche Abschlußgebote häufiger als die zwingend wirkenden Abschlußnormen vereinbart. Wenn § 1 TVG den Be-

---

217) Nipperdey, a.a.O., S. 378; Nikisch, Lehrb. II. Bd., S. 401.

218) Vgl. Hueck, TVG-Komm., § 4 Anm.40; ders., Festschr.f.Hedemann 1958, S.135; Huber, Lehrb. II.Bd., S.435; LAG Düsseldorf, BB 1954, S. 965.

219) Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 132.

220) Maus, a.a.O., Hueck, TVG-Komm., § 1 Anm.48.

stimmungen des Tarifvertrages, die den Abschluß von Arbeitsverhältnissen regeln, zwingende Kraft verleiht, so bedeutet das nicht, daß a l l e Abschlußgebote normative Wirkung zeigen m ü s s e n . Den Tarifpartnern steht es frei, den Arbeitgebern eine nur schuldrechtlich wirkende Einstellungspflicht aufzuerlegen [221]. In solchem Falle verpflichtet sich der Arbeitgeberverband gegenüber der Gewerkschaft, seine Mitglieder zur Beachtung des tarifvertraglichen Abschlußgebotes anzuhalten. Beim Firmentarifvertrag verpflichtet sich der Arbeitgeber direkt gegenüber der Gewerkschaft zur Beachtung des Einstellungsgebotes. Der einzelne, begünstigte Arbeitnehmer hat jedoch keinen Anspruch auf Einstellung.

III. Berechtigter Personenkreis.

Durch eine Abschlußnorm können nur die Arbeitnehmer wirksam begünstigt werden, die der vertragschließenden Gewerkschaft angehören [222]. Das ergibt sich aus § 3 TVG, wonach nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien tarifgebunden sind [223].

Ein schuldrechtliches Abschlußgebot kann demgegenüber auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer wirksam begünstigen. Das Tarifvertragsgesetz

---

221) Huber, Lehrb. II.Bd., S.435; Hueck, ARBl. Tarifvertrag V (Inhalt) II. 2. Die Abschlußnormen.

222) Vgl. Zigan-Sabin, § 1 Anm.7.

223) Ausnahme § 5 TVG (Allgemeinverbindlicherklärung).

verbietet schuldrechtliche Verpflichtungen zugunsten von Außenseitern nicht. Allerdings müssen die Tarifvertragsparteien die Einbeziehung der Außenseiter im Tarifvertrag zum Ausdruck bringen.

B. Die Abschlußgebote in Betriebsvereinbarungen.

I. Das Recht des Betriebsrats, mit dem Arbeitgeber Abschlußgebote zu vereinbaren.

Der Betriebsrat hat nach dem Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952 genau umschriebene Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte an der Führung des Betriebes durch den Betriebsinhaber. Nach § 61 BetrVG hat der Betriebsrat bei Einstellungen ein Mitspracherecht. Unter bestimmten Voraussetzungen kann er den Arbeitgeber daran h i n d e r n , Einstellungen vorzunehmen. Ein mögliches Recht des Betriebsrats, den Arbeitgeber zur Einstellung von Arbeitnehmern a n z u h a l t e n , wird dagegen im Gesetz nicht genannt. Ein solches Recht könnte deshalb nur mit Einwilligung des Arbeitgebers - durch Abschluß einer Betriebsvereinbarung - entstehen. Das BetrVG bestimmt jedoch nichts darüber, ob der Betriebsrat überhaupt sein Mitspracherecht in personellen Angelegenheiten mit Einwilligung des Betriebsinhabers erweitern kann.

Bereits in der Vereinbarung der Einstellungspflicht würde eine Erweiterung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates mit Einwilligung des Arbeitgeber liegen, der dem Betriebsrat das Recht einräumt, zusammen mit ihm ein Abschlußgebot aufzustellen. Nach einer weitverbreiteten Meinung ist der Betriebsrat dazu nicht berechtigt. Insbesondere Dietz betont, daß ihm die Handlungsfähigkeit fehle, dem Arbeitgeber, wenn auch mit seinem Einverständnis, Einstellungspflichten aufzuerlegen. Der Kreis der im BetrVG umrissenen Aufgaben des Betriebsrates sei erschöpfend geregelt und könne im Wege einer Betriebsvereinbarung nicht erweitert werden. Für die personellen Angelegenheiten ergebe sich das aus § 60 Abs.I BetrVG, wonach der Betriebsrat ein Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrecht "nach Maßgabe der Vorschriften dieses Abschnitts" habe [224].

Ein anderes Argument wird gegen die Möglichkeit angeführt, n o r m a t i v e Abschlußgebote in einer Betriebsvereinbarung zu begründen. Arbeitgeber und Betriebsrat könnten nur den innerbetrieblichen Bereich durch Betriebsvereinbarungen regeln. Für den außerbetrieblichen Bereich

---

224) Dietz, BetrVG-Komm., Einführung III 3 und Vorbem. 32 u. 36 vor § 49 und Vorbem. 7 vor § 60. Ebenso Hueck, BB 1952, S. 928; Erdmann, § 60 Anm. 5; Siebert bei Galperin-Siebert, § 60, Vorbem. 27 ff. (29); Huber, Lehrb. II. Bd. S. 541; Walter, S. 90; Schlessmann, S. 1089.

fehle ihnen die Rechtsetzungsbefugnis [225]. Da das Abschlußgebot dem Arbeitgeber die Pflicht zur Einstellung von Arbeitnehmern auferlegt, die nicht Mitglieder der Betriebsgemeinschaft sind, könne ein solches Gebot nur schuldrechtliche Bedeutung haben [226]. Der Arbeitgeber verpflichte sich nur dem Betriebsrat gegenüber. Den begünstigten Arbeitnehmern könne kein Anspruch auf Einstellung eingeräumt werden.

Diesen Argumenten kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht einzusehen, warum der Betriebsrat nicht berechtigt sein soll, mit Zustimmung des

---

225) Dietz, Festschr.f.Sitzler, S.140; G.Hueck, Die Betriebsvereinbarung, S.82; Maus, AR-Handb.,Teil VII C, Anm.12 u.49; Kauffmann, S.989; Meissinger, BetrVG-Komm., § 52 Anm. II 9.-

Es ist allerdings anerkannt, daß die Rechtsverhältnisse der Ruheständer durch eine Betriebsvereinbarung nicht geregelt werden können. Das bedeutet aber nur, daß der I n h a l t der Rechtsverhältnisse Außenstehender durch betriebsinterne Vereinbarungen nicht berührt wird. Über die Möglichkeiten, den A b s c h l u ß von Arbeitsverhältnissen in einer Betriebsvereinbarung zu regeln, ist damit noch nichts ausgesagt. Zur Unzulässigkeit der Regelung von Ruhestandsverhältnissen in einer Betriebsvereinbarung siehe Dietz, BetrVG-Komm., § 57, Anm.5 und Vorbem.12a vor § 56; Sahmer, § 52 Anm.5c). Nipperdey, Lehrb. IIBd., S.777; Kauffmann, S. 990; BAG, E 3, S.1 ff.= AP Nr.1 zu § 57 BetrVG (GS-Beschluß v.16.3.56) mit zustimm. Anm. Mendigo, ArbuR 1956, S.221; BAG AP Nr. 2 zu § 57 BetrVG mit zustimm.Anm. Siebert; LAG Frankfurt, BB 1954, S.226; LAG Stuttgart, BB 1953, S.148.

226) Dietz, Festschr.f.Sitzler, S.140; ders., BetrVG-Komm., § 52 Anm. 14 u. 14 a) und Vorbem. 4a) u. 10) vor § 56; G. Hueck, Die Betriebsvereinbarung, S. 84; Maus, AR-Handb. Teil VII C, Anm. 49. Sitzler, ARBl. Betriebsvereinbarung I, Anm. E II 1; Kauffmann, S. 989.

Arbeitgebers in einer Betriebsvereinbarung eine Einstellungspflicht zu statuieren und warum den begünstigten Arbeitnehmern auf Grund des Abschlußgebotes nicht ein Anspruch auf Einstellung gegen den Arbeitgeber zustehen soll. Das BetrVG begrenzt den Aufgabenkreis des Betriebsrates nur, soweit die Aufgaben auch g e g e n den Willen des Arbeitgebers wahrgenommen werden können und müssen. Das Gesetz verbietet es dem Arbeitgeber jedoch nicht, dem Betriebsrat noch mehr als die gesetzlich vorgesehenen Rechte einzuräumen. Das Gesetz gewährt ihm nur Mindestrechte zur Mitwirkung an der Betriebsführung. Eine freiwillige Erweiterung der Mitspracherechte wird durch das Gesetz nicht ausgeschlossen [227]. Schwerer wiegt der grundsätzliche Einwand, die Betriebsvereinbarung könne nur den innerbetrieblichen Bereich regeln. Im allgemeinen trifft das zu. Dennoch gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz, die dem Gesetz selbst zu entnehmen sind. § 61 Abs. III Buchst. a) BetrVG geht davon aus, daß in Betriebsvereinbarungen Abschlußgebote oder Abschlußverbote aufgestellt werden. Das bedeutet, daß das BetrVG die Vereinbarung von Abschlußgeboten gestattet [228]. Nipperdey [229] meint demgegenüber, § 61 Abs.III Buchst.a) könne nur entnommen werden, daß die Betriebsvereinbarung Abschluß v e r bote festsetzen kann. Dem ist nicht zuzustimmen.

---

227) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 1 Anm.27 und § 60 Anm.7; Meissinger, BetrVG-Komm., § 60 Anm.13; Bührig, § 60 Anm.6; Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.860.

228) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 60 Anm.7.

229) Lehrb. II.Bd., S. 780. Ebenso Maus, AR-Handb. Teil VII C, Anm. 48.

Die Ansicht Nipperdeys findet im Gesetz keine Stütze. § 61 Abs.III Buchst.a) ist nicht auf Abschlußverbote beschränkt. Der Betriebsrat kann nach § 61 Abs.III Buchst.a) seine Zustimmung zu einer Einstellung auch verweigern, wenn sie gegen ein betriebliches Abschlußgebot verstößt. Bestimmt eine Klausel der Betriebsvereinbarung beispielsweise, daß der Arbeitgeber im Umfang seiner freien Arbeitsplätze die ehemaligen Betriebsangehörigen eines fremden stillgelegten Betriebes einstellen muß, so verstößt er gegen diese Klausel, wenn er statt dessen andere Bewerber einstellt. Der Betriebsrat hat nach dem BetrVG das Recht, in einer Betriebsvereinbarung zusammen mit dem Arbeitgeber Abschlußnormen zu statuieren [230].

II. Normative und obligatorische Abschlußgebote.

1. Die Satzungstheorie.

Über die Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung herrscht Streit. Während allgemein anerkannt ist [231], daß die Betriebsvereinbarung wie der

---

230) Neumann-Duesberg, S.363, 365 u.375; Nipperdey, Lehrb. II.Bd.,S.775; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 60 Anm.7; Maus, AR-Handb. Teil VII C, Anm.44; Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm. 87.

231) Dietz, BetrVG-Komm., Einführung IV 3 b) u. § 52 Anm.13; Fitting-Kraegerloh-Auffarth, § 51 Anm.21; Galperin bei Galperin-Siebert, § 1 Anm.108 u. § 52 Anm.54; Neumann-Duesberg, S.47; Sahmer, § 52 Anm.5a) u.c); Maus, AR-Handb.Teil VII C, Anm.6; Sitzler,ARBl. Betriebsvereinbarung, I, Anm. E II 1; G.Hueck, RdA 1952, S.370; Küchenhoff, BetrVG-Komm., § 52 Anm.7; Bobrowski, S.502. Nipperdey, Lehrb.II.Bd., S.777/778.

Tarifvertrag normative Kraft hat [232], kann sie nach der Satzungstheorie im Gegensatz zum Tarifvertrag nur normative Bestimmungen enthalten; schuldrechtliche Vereinbarungen sollen nicht statthaft sein. Obligatorisch wirkende Abschlußgebote gibt es nach Ansicht der Vertreter der Satzungstheorie daher nicht [233]. Die Betriebsvereinbarung wird als autonome Betriebssatzung bezeichnet, die schuldrechtliche Bestandteile wie jede andere Satzung nicht zulasse [234]. Der Satzungscharakter ergebe sich aus § 52 Abs.II S.1 BetrVG [235].- Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, wonach die Betriebsvereinbarungen "beschlossen" werden, ist jedoch nicht zu entnehmen, daß die Betriebsvereinbarungen autonome Satzungen darstellen. Vielmehr deutet § 52 auf einen Vertragscharakter hin, da die Betriebsvereinbarungen durch den Arbeitgeber und den Betriebsrat "gemeinsam" beschlossen werden. Eine Satzung wird von einer übergeordneten Stelle einseitig erlassen und nicht wie die Betriebsvereinbarung

---

232) Das BetrVG sagt darüber nichts aus (anders § 30 AOG). Zum Teil beruft man sich auf Gewohnheitsrecht, zum Teil wird vorgeschlagen, § 4 TVG analog anzuwenden. Manche Verfasser verzichten ganz auf eine Begründung und nehmen die normative Wirkung als selbstverständlich hin. Die analoge Anwendung des § 4 TVG erscheint als die nächstliegende Lösung.

233) Maus, AR-Handb. Teil VII C, Anm.49 Fußnote 49.

234) Maus, a.a.O., Anm.9; Galperin bei Galperin-Siebert, § 52, Anm.19 und 23. Für das frühere Recht vgl. Herschel, RdA 1958, S.47; Jacobi, S.347.

235) Galperin, a.a.O., Anm.19.

von gleichberechtigten Partnern gemeinsam beschlossen [236]. Es ist anzunehmen, daß das Gesetz nur die wenig elegante Wendung "die Betriebsvereinbarungen werden vereinbart" vermeiden wollte.

2. Die Vertragstheorie.

Nach der überwiegend anerkannten Vertragstheorie kann die Betriebsvereinbarung wie der Tarifvertrag normative Vorschriften und schuldrechtliche Bestimmungen enthalten. Danach können wie im Tarifvertrag sowohl Abschlußnormen (analog § 4 TVG) als auch obligatorische Abschlußgebote in der Betriebsvereinbarung statuiert werden. Die Vertreter der Vertragstheorie bezeichnen die Betriebsvereinbarung als Normenvertrag, der sich in seiner Rechtsnatur nicht vom Tarifvertrag unterscheidet [237]. Der Vertragstheorie ist beizutreten; denn die Betriebsvereinbarung wird, wie festgestellt, von Arbeitgeber und Betriebsrat g e m e i n s a m beschlossen (§ 52 Abs.II BetrVG).

---

236) Monjau, BetrVG-Komm., S.60.

237) Nipperdey, Lehrb. II. Bd., S. 770; Sitzler, ARBl. Betriebsvereinbarung I, Anm. B I 3; Dietz, BetrVG-Komm., Einführung IV 3 a); Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 52, Anm.10 u. 11; Erdmann, § 52 Anm. 8; Meissinger, BetrVG-Komm., § 52 Anm. II. 4.; Kastner, S.89/90; Neumann-Duesberg, S. 358; G. Hueck, RdA 1952, S. 371; ders., Die Betriebsvereinbarung, S. 50; Monjau, BetrVG-Komm., S. 60; Kaskel-Dersch, 5. Aufl., S. 105; Bobrowski, S. 499.

Hinsichtlich des möglichen Inhalts und der unterschiedlichen Wirkungen von Abschlußnormen und obligatorischen Abschlußgeboten kann auf die Ausführungen zum Tarifvertrag verwiesen werden [238]. Die betrieblichen Abschlußnormen gewähren dem begünstigten Arbeitnehmer einen unmittelbaren und persönlichen Anspruch auf Einstellung [239]. In den obligatorischen Abschlußgeboten hingegen verpflichtet sich der Arbeitgeber nur gegenüber dem Betriebsrat, Arbeitsverträge mit bestimmten Bewerbern abzuschließen. Beachtet der Arbeitgeber das Gebot nicht, indem er überhaupt keine Bewerber oder andere als die Begünstigten einstellt, so kann der Betriebsrat gegen den Verstoß gegen die Einstellungsklausel nach § 61 Abs.III Buchst. a) BetrVG Widerspruch erheben [240].

Durch die betrieblichen Abschlußgebote wird kein Kontrahierungszwang begründet. Den Arbeitgeber trifft kein willensfremder Zwang zum Abschluß von Arbeitsverträgen, da er sich selbst zur Einstellung verpflichtet hat.

III. Berechtigter Personenkreis.

Alle durch ein betriebliches Abschlußgebot erfaßten Arbeitnehmer können aus der Einstellungsklausel ohne Rücksicht auf ihre eventuelle Gewerkschaftszugehörigkeit Rechte herleiten [241];

---

238) S.o. S. - 83 - ff.
239) Neumann-Duesberg, S.376.
240) Dietz, BetrVG-Komm., Vorbem. 4a vor § 56.
241) Nipperdey, Lehrb. II. Bd., S. 776.

denn im Unterschied zum Tarifvertrag wird die Betriebsvereinbarung auf der Arbeitnehmerseite von den Vertretern der gesamten Belegschaft des betreffenden Betriebes geschlossen.

IV. Das Verhältnis der Betriebsvereinbarung zum Tarifvertrag.

1. Zulässigkeit von Abschlußgeboten trotz § 59 BetrVG.

§ 59 BetrVG schränkt die Freiheit des Arbeitgebers und des Betriebsrates, in einer Betriebsvereinbarung Abschlußgebote zu statuieren, nicht ein [242]. Die in den Abschlußgeboten enthaltene Pflicht zur Einstellung von Arbeitnehmern zählt nicht zu den Arbeitsbedingungen. Selbst wenn in einem Gebiete der Bundesrepublik üblicherweise durch Tarifvertrag bestimmte Einstellungsklauseln vereinbart werden, können solche Abschlußgebote in dem gleichen Gebiet auch in Betriebsvereinbarungen festgesetzt werden.

2. Vorrang des tarifvertraglichen Abschlußgebotes vor der betrieblichen Einstellungsklausel.

Für die organisierten Arbeitnehmer haben die betrieblichen Einstellungsklauseln nur Bedeutung, wenn für ihren Geltungsbereich nicht gleichzeitig ein tarifliches Abschlußgebot besteht [243].

---

242) Dietz, BetrVG-Komm., § 59 Anm.8; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 59 Anm.4 und § 61 Anm. 34.

243) Vgl. Bührig, § 61 Anm. 24.

Den Vorschriften des Tarifvertrages gebührt der Vorrang vor den Bestimmungen der Betriebsvereinbarung. Der Tarifvertrag ist die höherrangige Rechtsquelle [244]. Das ergibt sich aus § 59 BetrVG. Im Verhältnis der Betriebsvereinbarung zum Tarifvertrag gilt jedoch das Günstigkeitsprinzip [245]. Regelt eine Bestimmung des Tarifvertrages für denselben Geltungsbereich dieselbe Materie wie eine Vorschrift der Betriebsvereinbarung, so kommt die für die Arbeitnehmer günstigere Norm zur Anwendung.

C. Abschlußgebote in Dienstvereinbarungen.

Für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes (Beamte, Angestellte und Arbeiter) treten an die Stelle der Betriebsvereinbarungen die Dienstvereinbarungen. In den Verwaltungen und Betrieben des Bundes werden nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz vom 5.8.1955 Personalvertretungen gebildet, die mit dem Dienstherrn Dienstvereinbarungen schließen können. Nach § 64 Abs. I sind jedoch Dienstvereinbarungen nur in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig. § 67 Abs. I PVG beschränkt sie auf die sozialen Angelegenheiten. Über personelle Angelegenheiten und

---

244) Dietz, BetrVG-Komm., Vorbem. 14 vor § 56; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 52 Anm. 15; Galperin bei Galperin-Siebert, § 52 Anm.32; Nikisch, Lehrb. II. Bd., S. 399.

245) Galperin bei Galperin-Siebert, § 52 Anm.34; Nikisch, Lehrb. II. Bd., S. 399.

insbesondere über Einstellungen dürfen keine Dienstvereinbarungen geschlossen werden [246]. Nach dem PVG können daher die Dienstvereinbarungen keine Abschlußgebote enthalten. Auch die vom Dienstherrn einseitig erlassenen Verwaltungsanordnungen können keinen Anspruch auf Einstellung begründen. Verwaltungsanordnungen werden nur für die innerdienstlichen Angelegenheiten der Bediensteten erlassen (§ 58 PVG).

Für die Verwaltungen und Betriebe der Länder sind die Landes-Personalvertretungsgesetze ergangen. Die Mehrzahl dieser Gesetze sieht wie das Bundesgesetz Dienstvereinbarungen über personelle Angelegenheiten nicht vor. Auch das niedersächsische Gesetz vom 4.3.1961 [247] läßt keine Abschlußgebote in Dienstvereinbarungen zu, wie aus § 81 Abs. I S.1 i.V. mit § 75 Abs. I Buchst. a) bis f) hervorgeht [248]. Indessen kann nach dem Gesetz des Landes Berlin vom 21.3.1957 [249] in einer Dienstvereinbarung eine Einstellungspflicht des Dienstherrn begründet werden. § 51 Abs. I läßt Dienstvereinbarungen zu, soweit das Gesetz nicht entgegensteht. Nach § 66 Abs. II hat der Personalrat bei Einstellungen der Angestellten und Arbeiter mitzubestimmen. Daraus

---

246) Molitor, PVG-Komm., § 64 Anm. 6; Dietz, PVG-Komm., § 54 Anm. 3; Nipperdey, Lehrb. II. Bd., S. 767 u. 823; Grabenhoff-Windscheid, § 64 Anm. 1; Fitting-Heyer, § 64 Anm. 9; Rewolle-Lorentz, § 64 Anm. 1.

247) GVBl. S. 79.

248) Vgl. dazu Engelhard-Ballerstedt, § 81 Anm. 1, 5 u. 7.

249) GVBl. S. 296.

ist zu entnehmen, daß für die Dienstvereinbarung im Lande Berlin nichts anderes als für die Betriebsvereinbarung gilt. Wenn das Gesetz bei Einstellungen ein Mitbestimmungsrecht des Personalrates vorsieht, so kann sich der Dienstherr ihm gegenüber auch zur Einstellung bestimmter Arbeitnehmer verpflichten. Da zwischen dem Dienstherrn und dem Personalrat sowohl normative als auch schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen werden können [250], sind in Berlin Abschlußnormen und obligatorische Abschlußgebote wie nach dem BetrVG zulässig. Auch in Bremen kann sich der Dienstherr im Rahmen einer Dienstvereinbarung zur Einstellung von Arbeitnehmern verpflichten, da das Bremische Personalvertretungsgesetz vom 3.12.1957 [251] keine Einschränkungen macht und § 65 Abs.I Buchst. a) ein Mitbestimmungsrecht des Personalrates bei Einstellungen vorsieht. Ein Kontrahierungszwang wird für den Dienstherrn nicht begründet, da er sich selbst zur Einstellung verpflichtet.

---

250) Dietz, PVG-Komm., § 64 Anm. 10; Bochalli, § 64 Anm. 1; Molitor, PVG-Komm., § 64 Anm. 8 u. 11.

251) GBl. S. 161. Geändert am 11.2.1958, GBl. S. 13.

Vierter Abschnitt.

Rückblick: Einstellungsgebote in außer Kraft getretenen Gesetzen.

A. Die DemobilmachungsVO vom 12.2.1920.

Nach der Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 12.2.1920 [252] hatten private Arbeitgeber, die in der Regel mindestens 20 Arbeiter oder 10 Angestellte beschäftigten, auf Anordnung der Demobilmachungsausschüsse eine bestimmte Mindestzahl von Kriegsteilnehmern - insbesondere Schwerbeschädigten - oder Zivilinternierten einzustellen (§ 16 Abs.I). Es handelte sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Pflicht, die nur dem Staat gegenüber, nicht aber den einzelnen begünstigten Kriegsteilnehmern gegenüber bestand (§ 20) [253].

B. Die Schwerbeschädigtengesetze vom 6.4.1920 und vom 12.1.1923.

Die §§ 1 der Schwerbeschädigtengesetze vom 6.4. 1920 [254] und vom 12.1.1923 [255] verpflichteten jeden Arbeitgeber, der einen Arbeitsplatz beset-

---

252) RGBl. I S.218.

253) Vgl. auch Kaskel, Arbeitsrecht 3. Aufl., S. 104.

254) RGBl. I. S. 458.

255) RGBl. I S. 57.

zen wollte, einen geeigneten Schwerbeschädigten anderen Bewerbern vorzuziehen, solange er seine Pflichtquote noch nicht erfüllt hatte [256]. Der Arbeitgeber war verpflichtet, einen sich bei ihm meldenden geeigneten Schwerbeschädigten einzustellen, wenn sich mit ihm andere Arbeitslose um den freien Arbeitsplatz bewarben. Der Schwerbeschädigte hatte im Unterschied zum heutigen Recht einen Individualanspruch auf Einstellung[257]. Unter mehreren sich meldenden Bewerbern hatte der Arbeitgeber jedoch ein Auswahlrecht [258].

C. Die Landesgesetze betreffend die bei der politischen Befreiung tätigen Personen.

Nach Beendigung der Entnazifizierung wurden in mehreren Ländern der Bundesrepublik Gesetze erlassen, die die Überführung der bei der politischen Befreiung tätigen Angestellten und Arbeiter in andere Beschäftigungen regelten [259]. So

---

256) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang ..., S. 81 unter 2).

257) Nipperdey, a.a.O., S.93. A.A.Fülling, S.11 u. 44.

258) Fülling, a.a.O., S.12.

259) Baden: Landesgesetz vom 27.5.1949 über die Überführung der bei der politischen Säuberung tätigen Personen in andere Beschäftigungen, GVBl.S.263; Bayern: Gesetz v.27.3. 1948, GVBl. S. 48a; Hessen: Gesetz v.23.3. 1948, GVBl. S. 45; Rheinland-Pfalz: Gesetz v.30.12.1948, GVBl. 1949 S.5; Württemberg-Baden: Gesetz v. 10.3.1948, RegBl. S. 50.

konnten diese Personen in einigen Ländern auf Antrag eine sog. Zusicherung erhalten. Die Zusicherungsinhaber hatten wahlweise einen Rechtsanspruch auf Unterbringung im öffentlichen Dienst oder auf bevorzugte Stellenvermittlung in die Privatwirtschaft [260]. Ein Anspruch auf Einstellung gegenüber privaten Arbeitgebern bestand jedoch nicht. In Baden bedurfte es keiner besonderen Zusicherung. Der Bedienstete mußte nach seinem Ausscheiden aus der Behörde von seinem früheren Arbeitgeber wieder eingestellt werden (§ 3 des Gesetzes). In Rheinland-Pfalz wurden die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes ebenfalls ohne besondere Zusicherung wieder in ihr früheres Arbeitsverhältnis übernommen; die übrigen Personen konnten auf Antrag eine Zusicherung auf weitere Verwendung im öffentlichen Dienst erhalten. Bedienstete, die eine Stellung in der Privatwirtschaft erhalten wollten, hatten in Rheinland-Pfalz keine Ansprüche (§§ 1. u. 4).

D. Das Regelungsgesetz vom 11. Mai 1951.

Das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen vom 11.5.1951 [261] in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.9.1957 [262] verschaffte

260) §§ 1,2,5,6,7 der Gesetze von Bayern, Hessen und Württemberg-Baden, Siehe auch LAG Stuttgart, AP 1952 Nr. 176.

261) BGBl. I S. 307.

262) BGBl. I S.1296.

unter bestimmten Voraussetzungen den ehemaligen Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes, die nach 1945 aus politischen Gründen ihren Arbeitsplatz verloren hatten, die Möglichkeit, im öffentlichen Dienst neu eingestellt zu werden [263]. Das Gesetz wollte den Heimatvertriebenen, den in der sowjetischen Besatzungszone und in Berlin Dienstenthobenen, den ehemaligen Angehörigen der ersatzlos aufgelösten Dienststellen des Reiches und den wegen formeller politischer Belastung auf Anordnung der Militärregierung entlassenen Beamten, Angestellten und Arbeitern eine Aussicht auf Wiederaufnahme in den öffentlichen Dienst verschaffen [264]. Nach § 11 i.V. mit §§ 52, 52a, 62 und 63 des Gesetzes traf die öffentlichen Dienstherrn [265] eine Unterbringungspflicht zugunsten dieser Arbeitneh-

---

263) Zum Teil waren die Arbeitsverhältnisse jedoch nur suspendiert - § 1 Abs.I Buchst.b) des Gesetzes; vgl. Anders, RegelungsG-Komm., Vorbem. 1 vor § 1. - Für die Angestellten des öffentlichen Dienstes, die bei einer endgültig fortgefallenen Dienststelle beschäftigt waren, hat das BVerfG entschieden, daß ihr Dienstverhältnis nach den Grundsätzen über die Tragung des Betriebsrisikos auch ohne besondere Kündigungserklärung gelöst worden war; U.v.17.12.1953, BVerfG E 3, S. 162 ff. Auch die Arbeitsverhältnisse der auf Anordnung der Militärregierungen entlassenen Arbeitnehmer waren rechtswirksam beendet, BVerfG, a.a.O., S.180 u. 187. Das LAG Hannover sah a l l e unter Art.131 GG fallenden Arbeitsverhältnisse als beendet an, U.v.24.9.1951, AP 1952 Nr.90. Es mußte daher ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen werden.

264) Amtl.Begr. BTDrs. Nr. 1306 (1.Wahlperiode) S. 28. Vgl. auch Anders, RegelungsG-Komm., Einführung, S.1 u. 2.

265) § 1: Bund, Länder, Gemeinden; Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

mer [266]. Nach § 13 i.V. mit § 52a mußten mindestens 20 % der Arbeitsplätze mit Unterbringungsberechtigten besetzt werden. Ein Anspruch auf Unterbringung bestand jedoch grundsätzlich nicht [267]. Die Einstellung war in das pflichtgemäße Ermessen des Dienstherrn gestellt. Eine Vornahmeklage auf Unterbringung war nur ausnahmsweise möglich. Wenn jede andere Entscheidung des Dienstherrn als die Entschließung, den Bewerber einzustellen, ermessensfehlerhaft gewesen wäre, konnte der betroffene Arbeitnehmer seine Einstellung verlangen [268].

Die Pflicht der öffentlichen Dienstherrn zur Unterbringung bestand unabhängig davon, ob die begünstigten Arbeitnehmer zuvor bei ihnen beschäftigt waren. Daher handelte es sich nicht um eine Wiedereinstellung, sondern um eine Neueinstel-

---

266) Vgl. im einzelnen Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm. 84.

267) BVerfG, U.v.17.12.1953, NJW 1954, S.28 = E 3, S.187; OVG Münster, VerwRspr. Bd. 5 Nr.91 (S.434); Bad-Württ. VGH, Verw Rspr. Bd.5 Nr. 92 (S.436); LVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1953, S.145; OVG Lüneburg, OVGE Bd.6, S.306, Württ-Bad. VGH, DVBl.1952, S. 157; OVG Koblenz, ZBR 1954, S.274; BDH, DöV 1957, S. 626; Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm. 84; Anders, RegelungsG-Komm., § 11 Bem.3; Ambrosius, § 11 Anm.3; v.Arnim, Vorbem. vor § 11; Werner, DVBl. 1951, S.565; Kühn-Gerth, § 11 Anm.3. Ebenso amtl. Begr. BTDrs. Nr. 1306 S. 34/35 und VerwVorschr. Nr.1 Abs.II zu § 11 - Beilage zum Bundesanzeiger Nr.47 v. 7.3.1956 - die jedoch nur verwaltungsinterne Bedeutung hatte.

268) OVG Münster, U.v. 13.1.1955, ZBR 1955, S. 191 = DöV 1955, S. 380 = DVBl. 1955, S. 437; Beschl. v. 24.2.1955, Der Beamtenbund 1955, S.89.

lung [269]. Das dritte Änderungsgesetz vom 21.8. 1961 [270] hat die Unterbringungspflicht der öffentlichen Dienstherrn aufgehoben. Sie hatte schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes weitgehend historische Bedeutung, da die unter das Gesetz fallenden Arbeitnehmer bereits untergebracht waren, in den Ruhestand getreten waren oder in der Privatwirtschaft untergekommen waren. Heute sieht § 71 f) i.V. mit § 71 e) unter bestimmten Voraussetzungen nur noch eine Besserstellung der auf Grund der früheren Unterbringungspflicht eingestellten Arbeitnehmer vor. -

---

269) Hueck, Lehrb. I. Bd., S.163/164; Kaskel-Dersch, 5. Aufl., S. 129.

270) Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, BGBl. I. S. 1557; Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes BGBl. I S. 1579.

Zweiter Hauptteil

Die Pflicht zur Wiedereinstellung von Arbeitnehmern.

Erster Abschnitt.

Wiedereinstellungspflicht auf Grund von Spezialgesetzen.

A. § 19 Abs.V des Schwerbeschädigtengesetzes.

Nach § 19 Abs. V SbG sind Schwerbeschädigte, denen lediglich aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden ist, nach Beendigung des Arbeitskampfes wieder einzustellen. Diese Vorschrift ist wörtlich aus den Schwerbeschädigtengesetzen von 1920 und 1923 übernommen worden. Die Bestimmung bezweckt, die für den Schwerbeschädigten oft schwierige Entscheidung darüber abzunehmen, ob er sich mit seinen Arbeitskameraden solidarisch erklären und am Streik teilnehmen soll oder ob er weiter arbeiten soll, um seinen Arbeitsplatz nicht zu verlieren. Für den Schwerbeschädigten ist der Arbeitsplatz wertvoller als für einen gesunden Arbeitnehmer. Die Arbeit gibt ihm das Bewußtsein zurück, sich selbständig behaupten zu können, ohne auf die Hilfe anderer angewiesen zu sein. Nimmt er an einem Streik teil, so könnte der Arbeitgeber das zum Anlaß nehmen, ihn nach Streikende nicht wieder einzustellen. Wenn jedoch der Schwerbeschädigte sein persönliches Interesse am Arbeitsplatz über das gemeinsame Interesse aller Arbeitnehmer

an der Verbesserung der Arbeitsbedingungen stellt, so besteht die Gefahr, daß er als Streikbrecher von seinen Arbeitskollegen nach Streikende und Wiederaufnahme der Arbeit gemieden wird. Diesen Interessenkonflikt will das Gesetz dem Schwerbeschädigten ersparen. Es will ihn "neutralisieren". Der Schwerbeschädigte kann sich am Streik beteiligen, ohne den Verlust seines Arbeitsplatzes fürchten zu müssen [1].

Umstritten ist, ob sich der Schwerbeschädigte nur passiv am Streik beteiligen darf oder ob er auch bei aktiver Streikbeteiligung einen Anspruch auf Wiedereinstellung hat. Als passive Streikteilnahme wird das bloße Fernbleiben von der Arbeit bezeichnet. Bei aktiver Streikbeteiligung greift der Schwerbeschädigte selbst in den Streikablauf ein, indem er etwa als Streikposten oder in der Streikleitung tätig wird. Die überwiegende Meinung erkennt den Wiedereinstellungsanspruch auch bei aktiver Streikbeteiligung des Schwerbeschädigten an [2]. Dem ist zuzustimmen. Der Anspruch besteht zwar nur wenn der Schwerbeschädigte "lediglich" aus Anlaß des Streiks entlassen wurde. Das bedeutet aber nicht,

---

1) Amtl. Begr. zum Gesetz von 1923, Verhandlungen des Reichstags. I.Wahlperiode 1920. Anlagen zu den Stenographischen Berichten. Band 375, Nr.5295, S.13. Vgl. auch Rewolle, SbG-Komm., § 19 Bem.VI; Zigan, SbG-Komm., § 19 Anm.44.

2) LAG Düsseldorf, U.v. 11.1.1952, BB 1952, S. 145; BAG, U.v.29.3.1957, SAE 1957, S. 173; Wilrodt-Gotzen, § 19 Anm.48; Sellmann, § 19 Anm.35; Gröninger, § 19 Anm.9; Rewolle, SbG-Komm., § 18 Bem. VI; Hueck, Lehrb. I.Bd., S. 720 Anm. 39).

daß nur die passive Streikbeteiligung erlaubt ist, wie die Vertreter der Mindermeinung [3] annehmen. Das Wort "lediglich" will besagen, daß der Schwerbeschädigte nicht gleichzeitig einen anderen Grund zur sofortigen Entlassung geben darf. Hatte der Arbeitgeber etwa einen Grund zur fristlosen Kündigung, weil der Schwerbeschädigte eine unerlaubte Handlung beging und tritt der Schwerbeschädigte sodann mit den übrigen Arbeitnehmern in den Streik, so kann er nach Streikende nicht die Wiedereinstellung verlangen, wenn er wegen der unerlaubten Handlung entlassen wurde. Das Gesetz sagt zwar nichts darüber aus, welche Handlungen der Schwerbeschädigte während des Streiks vornehmen darf. Es ist hier aber auf den Zweck der Bestimmung abzustellen. Die Vorschrift will dem Schwerbeschädigten die Möglichkeit geben, sich am Streik zu beteiligen. Die Streikbeteiligung umfaßt die passive und die aktive Streikteilnahme. Der Schutz des Gesetzes wäre nur unzureichend, wollte man dem Schwerbeschädigten lediglich das Recht zugestehen, der Arbeit fernzubleiben. Die aktive Streikteilnahme dient der ordnungsmäßigen Durchführung des Streiks. Die aktiv am Streik Beteiligten sorgen dafür, daß der Arbeitskampf den beabsichtigten Verlauf nimmt und nicht in ein Chaos entartet. Diese Tätigkeit dient auch den Interessen des Arbeitgebers, demdaran gelegen ist, daß Streikausschreitungen verhindert werden.

---

3) Zigan, SbG-Komm., § 19 Anm.39; ders.,BB 1952, S.321; Richter, § 13 Anm. 15 b); Nikisch, Lehrb.II.Bd., S. 178; ders. BB 1952, S. 724 Anm. 40); Becker, SbG-Komm., § 19 Anm. 20; Gift, S. 176. Ebenso RAG, E 2, S. 124; 13, S.594; 18, S.18.

Die Vertreter der Mindermeinung berufen sich weiter darauf, daß das Gesetz den Schwerbeschädigten nur neutralisieren will. Der Schwerbeschädigte müsse sich daher während des Arbeitskampfes selbst neutral verhalten. Er ergreife aber Partei, wenn er sich aktiv am Streik beteilige. Auch dieser Einwand schlägt nicht durch. Der Schwerbeschädigte kann sich gar nicht neutral verhalten. Er m u ß während eines Arbeitskampfes Partei ergreifen. Schon mit der passiven Streikteilnahme erklärt er sich mit den Streikenden solidarisch. Der Gesetzgeber hat erkannt, daß der Schwerbeschädigte zur Parteinahme gezwungen ist und hat ihn daher "neutralisiert", d.h. ihn außerhalb der Wiedereinstellungsverhandlungen gestellt. Mag der Arbeitgeber auch berechtigt sein, nicht alle früheren Arbeitnehmer wieder einzustellen, der Schwerbeschädigte ist "neutral", er steht abseits und hat einen Wiedereinstellungsanspruch.

Einmütigkeit besteht darin, daß eine deliktische Streikbeteiligung den Anspruch auf Wiedereinstellung ausschließt [4]. Der Schwerbeschädigte darf sich während des Streiks keiner unerlaubten Handlungen schuldig machen. Wenn er z.B. den Arbeitgeber beleidigt, Arbeitswillige bedroht oder Betriebsanlagen beschädigt, so ist der Arbeitgeber berechtigt, aus diesen Gründen die Wiedereinstellung abzulehnen. Die Rechtsordnung kann solche Handlungen des Schwerbeschädigten nicht durch Gewährung eines Wieder-

---

4) Sellmann, § 19 Anm. 35; Gröninger, § 19 Anm.9; Monjau, SbG-Komm., § 19 Anm.6; Hueck, Lehrb. I.Bd., S. 720 Anm. 39); BAG, SAE 1957, S. 173; LAG Düsseldorf, BB 1952, S. 145.

einstellungsanspruchs billigen, die sie auf der anderen Seite, z.B. durch § 185 StGB oder § 823 BGB ahndet und mißbilligt. Zudem ist die Weiterbeschäftigung des Schwerbeschädigten nach der Begehung unerlaubter Handlungen für den Arbeitgeber unzumutbar.

Auch aus anderen Gründen kann die Wiedereinstellung des Schwerbeschädigten für den Arbeitgeber unzumutbar sein. Selbst wenn sich der Schwerbeschädigte während des Arbeitskampfes korrekt verhalten hat, entfällt unter besonderen Umständen sein Anspruch. Ist der Arbeitgeber etwa durch die Streikauswirkungen gezwungen, seinen Betrieb ganz aufzugeben oder nur in verkleinertem Umfange weiterzuführen, so kann der Schwerbeschädigte die Wiedereinstellung nicht begehren, da die damit verbundenen wirtschaftlichen Opfer dem Arbeitgeber nicht zuzumuten sind. Hierin liegt das auch dem Schwerbeschädigten nicht abzunehmende Risiko des Arbeitskampfes. War er in einer Betriebsabteilung beschäftigt, die infolge des Streiks geschlossen werden mußte, so braucht ihn der Arbeitgeber dann nicht in eine andere Abteilung zu übernehmen [5], wenn das für ihn unzumutbar ist - zB. weil der Schwerbeschädigte in den aufrechterhaltenen Abteilungen als Arbeitskraft untauglich ist. Grundsätzlich wird ihm aber die Übernahme des Schwerbeschädigten in eine andere Abteilung zuzumuten sein. Im übrigen braucht der Arbeitgeber bei einer Betriebseinschränkung nicht alle Schwerbeschädigten wiedereinzustellen, sondern nur eine der verringerten

---

5) Zigan, SbG-Komm., § 19 Anm. 47.

Pflichtquote entsprechende Anzahl [6]. Wird der Betrieb nur vorläufig teilweise aufrechterhalten und nach einiger Zeit wieder in vollem Umfange fortgeführt, so kann der Schwerbeschädigte seinen Wiedereinstellungsanspruch ohne Einschränkung geltend machen. Er hat jedoch keinen Anspruch auf Bevorzugung gegenüber anderen Arbeitnehmern [7].

Grundsätzlich besteht der Anspruch des Schwerbeschädigten unabhängig davon, ob es sich um einen rechtmäßigen oder um einen rechtswidrigen Streik handelt. Der gesetzliche Schutz wird nicht nur für den Fall gewährt, daß der Schwerbeschädigte an einem gewerkschaftlich organisierten Streik um Verbesserung der Arbeitsbedingungen nach Ablauf eines Tarifvertrages teilnimmt. Die Einstellungspflicht des Arbeitgebers besteht auch nach einem wilden oder politischen Streik oder nach einem Arbeitskampf, der die Friedenspflicht verletzt; denn das Gesetz gebietet die Wiedereinstellung ganz allgemein nach "Streik und Aussperrung" [8]. Da § 19 Abs.V den Schwerbeschädigten "neutralisieren" will, muß es ihn auch vor den Folgen eines rechtswi-

---

6) Sellmann, § 19 Anm. 36; Gröninger, § 19 Anm. 9 ; Rewolle, § 19 Bem. VI; vgl. auch Schoppen, § 13 Anm. 18.

7) Sellmann, a.a.O.; Leciejewski, S. 117.

8) Sellmann, § 19 Anm. 34; Gröninger, § 19 Anm. 9; Hueck, Lehrb. I.Bd., S. 720 Anm. 39); Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.623; Nikisch, Lehrb. II.Bd., S.178; ders., BB 1952, S.724; Rewolle, § 19 Bem. VI; LAG Düsseldorf, BB 1952, S. 145. Vgl. auch Richter, § 13 Anm. 15 c); Schoppen § 13 Anm.15; RAG E 13, S.591. A.A. Becker, SbG-Komm., § 19 Anm. 19.

drigen Arbeitskampfes schützen. Andernfalls wäre der Schwerbeschädigte gezwungen, sich vor der Arbeitsniederlegung genau über die Rechtslage zu informieren. Das ist ihm nicht zuzumuten, zumal es zu Beginn des Streiks noch ungewiß sein kann, ob er sich im Rahmen der Rechtsordnung hält. Wenn der Schwerbeschädigte aber positiv weiß, daß es sich um einen rechtswidrigen Streik handelt und dennoch die Arbeit niederlegt, so muß ihm ein Anspruch auf Wiedereinstellung versagt werden. Wer mit seinem Verhalten bewußt gegen die Rechtsordnung verstößt, verdient keinen Schutz.

§ 19 Abs. V SbG legt dem verpflichteten Arbeitgeber einen Kontrahierungszwang auf. Der Anspruch auf Wiedereinstellung gibt dem Schwerbeschädigten das Recht auf Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages [9] zu den alten Bedingungen und auf Weiterbeschäftigung auf dem alten Arbeitsplatz [10]. Die im Laufe der Jahre erworbenen Rechte und Anwartschaften - z.B. auf Ruhegehalt - leben wieder auf [11], ohne daß eine besondere Vereinbarung darüber erforderlich wäre. Könnte der Schwerbeschädigte nur den Abschluß eines Arbeitsvertrages zu den üblichen Bedingungen fordern, so wäre er letzlich doch gezwungen, um der Erhaltung dieser Rechte willen seine Arbeit während des Streiks fortzusetzen.

---

9) Sellmann, § 19 Anm., 31.

10) Sellmann, a.a.O., Anm. 32.

11) A.A.Gröninger, § 19 Anm.9; Rewolle § 19 Bem. VI.

Der Schwerbeschädigte muß sich selbst darüber informieren, wann der Arbeitskampf beendet ist. Sodann muß er dem Arbeitgeber seine Dienste wieder anbieten. Dieser braucht ihn nicht zur Wiederaufnahme der Arbeit aufzufordern [12]. Meldet sich der Schwerbeschädigte nicht unverzüglich nach Beendigung des Streiks zurück, so kann der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung ablehnen. Der Schwerbeschädigte ist nicht verpflichtet, auf seinen alten Arbeitsplatz zurückzukehren [13]. Deshalb muß der Arbeitgeber den freien Arbeitsplatz alsbald wieder besetzen können.

Das Gesetz gewährt den Wiedereinstellungsanspruch, wenn dem Schwerbeschädigten aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung "fristlos gekündigt" worden ist. Nach dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 [14] ist eine fristlose Kündigung aus Anlaß eines rechtmäßigen Arbeitskampfes nicht zulässig [15]. Der Ansicht des BAG ist zuzustimmen [16]. Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik stellt keinen Bruch des Einzelarbeitsvertrages dar, da die kollektivrechtlich legitime Arbeitsniederlegung nicht individualrechtlich rechtswidrig

---

12) Wilrodt-Gotzen, § 19 Anm. 47; Sellmann, § 19 Anm.35; Gröninger, § 19 Anm.9; Rewolle, a.a.O.; LAG Stuttgart, RdA 1953, S. 278.

13) Sellmann, § 19 Anm. 32.

14) BAG E 1, S. 291 ff.

15) Vgl. Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.612 ff. Molitor, BB 1955, S. 454; Rogge, S. 23.

16) A.A. Nikisch, Lehrb. II.Bd., S. 156 ff.; ders., JZ 1955, S. 443; Hinterdobler, S. 799; Hoeniger, S. 705.

sein kann [17]. Die rechtliche Bewertung des Arbeitskampfes muß einheitlich erfolgen. Der Arbeitgeber ist jedoch bei einem legitimen Streik zu einer "kollektiven Abwehraussperrung" berechtigt, die die Arbeitsverhältnisse insgesamt mit sofortiger Wirkung löst [18]. Auch die aggressive Aussperrung stellt eine kollektive, fristlose Aufhebung der Arbeitsverhältnisse dar. Sie ist keine Summierung von Einzelkündigungen. Nur bei einem rechtswidrigen Streik ist der Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, da der einzelne Arbeitnehmer mit seiner Teilnahme am Streik einen Bruch des Arbeitsvertrages begeht. Die Ausdrucksweise des Gesetzes in § 19 Abs.V ist daher aus der Sicht des BAG ungenau. Bei einem rechtmäßigen Streik wird den Schwerbeschädigten nicht fristlos gekündigt, sondern sie werden im Wege der Abwehraussperrung mit den anderen Arbeitnehmern insgesamt sofort entlassen. Die rechtliche Wertung der Entlassung als einer Gesamtlösung der Arbeitsverhältnisse berührt jedoch den Wiedereinstellungsanspruch des Schwerbeschädigten nicht. § 19 Abs.V ist auch auf die kollektive Abwehraussperrung anzuwenden [19].

Der Schwerbeschädigte kann seinen Anspruch auf Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages zu den alten Bedingungen durch Klage vor den Arbeits-

---

17) So schon vor dem GS-Beschluß: Müller, RdA 1951, S. 247; Hessel, RdA 1952, S.48; Bulla, Festschr. f. Nipperdey, S.169 u.a.

18) BAG, a.a.O., S.313.

19) Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S. 623.

gerichten geltend machen. § 894 ZPO findet Anwendung [20].

B. § 9 des Mutterschutzgesetzes.

I. Zulässigkeit der fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses bei Arbeitskämpfen.

Die Kündigung gegenüber einer Arbeitnehmerin ist nach § 9 des Mutterschutzgesetzes vom 24.1. 1952 [21] (MSchG) während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft unzulässig. § 9 MSchG stellt ein absolutes Kündigungsverbot [22] auf, das sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung gilt [23]. Die Kündigung einer nach § 9 geschützten Frau ist nichtig [24].

Nachdem das Bundesarbeitsgericht entschieden hat, daß die rechtmäßige Aussperrung von Arbeitnehmern keine fristlose Kündigung darstellt [25], in ihren Wirkungen einer solchen jedoch gleichsteht, ist die Frage aufgetaucht, ob § 9 auch

---

20) Sellmann, § 19 Anm. 37; Gröninger, § 19 Anm.9; Zigan, § 19 Anm. 45.

21) Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter, BGBl. I, S.69.

22) Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.623.

23) Nikisch, Lehrb. I.Bd., S.659 u. II.Bd., S. 171; Siebrecht, S.55; Bulla, MSchG-Komm., § 9 Anm. 26 mit weiteren Nachweisen.

24) Endemann, Der Arbeitgeber 1952, S. 267.

25) S.o. S. - 112 -.

Schutz vor der Aussperrung gewährt. Mit Recht hat die herrschende Meinung aus der Entscheidung des BAG die Folgerung gezogen, daß § 9 auf die kollektive Abwehraussperrung nicht anwendbar ist [26]. Sie ist ihrem Wesen nach etwas anderes als eine Kündigung. Sie ist eine kollektive Maßnahme des Arbeitskampfes, die im Gegensatz zur Kündigung nicht als endgültige Beendigung der Arbeitsverhältnisse gedacht ist, sondern im Normalfall die Arbeitsbeziehungen nur vorübergenend, während des Arbeitskampfes, unterbrechen soll. Das Bundesarbeitsgericht hat in zwei grundlegenden Entscheidungen die Auffassung der herrschenden Meinung bestätigt und entschieden, daß die Abwehraussperrung sowohl bei aktiver [26a] als auch bei passiver [26b] Streikbeteiligung zulässig ist.

Demgegenüber haben sich noch vor der Stellungnahme des Bundesarbeitsgerichts insbesondere das LAG Düsseldorf [27] und Görner [28] für die Anwendbarkeit des § 9 bei Arbeitskämpfen ausgesprochen. Vor allem Görner betont, daß der

---

26) Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.623/624; Siebrecht, S.56; Galperin, RdA 1959, S.45; Leciejewski, S.122/123; Maus, AR-Handb., Teil VI C, S.47, Erl. 43 Anm.35); Endemann, ARBl., Mutterschutz I, E IV 4; BAG, U.v. 19.10.1960, E 10, S.111 ff.(114); LAG Bremen, U.v. 30.7.1958, Betrieb 1958, S.959 f.

26a) U.v. 19.10.1960, BAG, 10 S.111 = AP Nr.11 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

26b) U.v. 25.1.1963, SAE 1963, S.81 = NJW 1963, S.1172. Zustimmend Isele, Juristische Schulung 1964, S.45.

27) U.v. 23.2.1956, Betrieb 1956, S.527 = ARBl., Mutterschutz, Entscheidung 6.

28) Betrieb 1956, S.378. Ebenso Nikisch, II.Bd., S.171; Molitor, BlStR 1953, S. 250.

Gesetzgeber dem Arbeitsverhältnis der werdenden Mutter oder Wöchnerin auch bei Arbeitskämpfen einen Bestandschutz gewähren wollte, da es bis zur Entscheidung des Großen Senats herrschende Meinung gewesen sei, daß der Streik einen Grund zur fristlosen Kündigung darstelle. Vor der Entscheidung des BAG habe daher der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse der werdenden Mütter bei einem Streik nicht lösen dürfen [29]. Der Gesetzgeber habe nicht voraussehen können, daß sich die Rechtsauffassung über den Arbeitskampf ändern würde. Er habe mit der Regelung im § 9 erkennbar auch den Fall der Lösung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Arbeitskampfes erfassen wollen. Folge man der herrschenden Meinung, so ergebe sich das paradoxe Ergebnis, daß eine werdende Mutter bzw. eine Wöchnerin zwar gegen jede außerordentliche Kündigung im Falle einer Beteiligung an einem rechtswidrigen Streik geschützt wäre, daß sie aber bei der Beteiligung an einem rechtmässigen Streik mit einer Aussperrung durch den Arbeitgeber rechnen müsse. Diesen Argumenten ist entgegenzutreten. Der absolute Kündigungsschutz des § 9 MSchG ist kein totaler Lösungsschutz. § 9 wollte immer nur vor einer K ü n d i g u n g schützen [30], nicht vor der ihr wesensverschiedenen Abwehraussperrung, die im Regelfall nur eine vorübergehende Beendigung der Arbeitsverhältnisse zur Folge hat.

---

29) So für die Rechtslage vor der Entscheidung des Großen Senats Bulla, MSchG-Komm., § 9 Anm.26; Nikisch, BB 1952, S.722; Endemann, Der Arbeitgeber 1952, S. 823.

30) Bulla, Anm. zu dem Urteil des LAG Düsseldorf, ARBl. a.a.O. Vgl. auch Köst, § 9 Anm. 64.

Gamillscheg [30a] und Galperin [30b] treten für eine e n t s p r e c h e n d e Anwendung des § 9 auf die Abwehraussperrung ein. Reuss [30c] stimmt dem zu. Gamillscheg betont, daß die Argumentation, die Streikbeteiligung als Kollektivverhalten werde in eine individual-kündigungsschutzrechtliche Betrachtung gestellt, zu abstrakt-dogmatisch sei, um ein den Mutterschutzgedanken verletzendes Ergebnis zu rechtfertigen.- Der Gedanke des lückenlosen Mutterschutzes [30d] findet zwar im Sozialstaatsprinzip seine Grundlage [30e], ist aber m.E. im Mutterschutzgesetz z.Zt. noch nicht verwirklicht. Es sollte jedoch vom Gesetzgeber realisiert werden. Es wäre wünschenswert, in das Mutterschutzgesetz eine Bestimmung einzufügen, die die Aussperrung verbietet. Damit würde sich die Frage erledigen.

Im übrigen trifft es nicht zu, wie Görner meint, daß die werdende Mutter bei einem rechtswidrigen Streik bess[er] als bei einem rechtmäßigen Streik gestellt wird. Auch und gerade bei einem illegi-

---

30a) Festschr. f. Molitor, S.81.
30b) RdA 1959, S.47.
30c) Sozialstaatsprinzip, S.25.
30d) Gamillscheg, a.a.O., S.82.
30e) Gamillscheg, a.a.O., S.58.

timen Streik kann der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse im Wege der kollektiven Abwehraussperrung lösen [31].

Die Ansicht von der Zulässigkeit der Abwehraussperrung wird durch folgende Erwägungen bekräftigt: Bei einer Aussperrung fühlt sich die Arbeitnehmerin nicht wie bei einer Einzelkündigung von den übrigen Betriebsangehörigen ausgeschlossen. Die Arbeitsverhältnisse der übrigen Arbeitnehmer werden ebenfalls gelöst. Die Arbeitnehmerin braucht sich auch nicht um ihre wirtschaftliche Zukunft zu sorgen; denn sie hat - wie zu zeigen sein wird [32] - einen Anspruch auf Wiedereinstellung nach Ende des Arbeitskampfes. Den Lohnausfall während der Arbeitsruhe muß sie in Kauf nehmen [33]. Auch nach Ansicht der Vertreter der Gegenmeinung - wonach die werdende Mutter nicht entlassen werden darf - verliert sie ihren Lohnanspruch bei einer Beteiligung am Streik [34]. Nichts anderes kann - wie im Schwerbeschädigtenrecht [35] - für die Aussperrung gelten.

II. Anspruch auf Wiedereinstellung.

Wenn auch der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis einer werdenden Mutter bzw. Wöchnerin im Arbeits-

---

31) Galperin, a.a.O., S.46. Vgl. auch unten, S. -177-.

32) Siehe folgende Seiten.

33) Köst, § 9 Anm. 65.

34) Nikisch, Lehrb. II.Bd., S.171.

35) Darauf weist Nikisch, a.a.O., selbst hin.

kampf fristlos lösen kann, so hat sie doch nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Anspruch auf Wiedereinstellung. [35a] Dieser Anspruch ist in analoger Anwendung des § 19 Abs.V SbG dem Zweck des MSchG und dem Art.6 Abs. IV GG zu entnehmen, der jeder Mutter einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft gibt. [36] Die seelische Belastung, der die werdende Mutter durch den endgültigen Verlust ihres Arbeitsplatzes ausgesetzt wäre und die das Gesetz zu verhindern sucht, wird durch Gewährung eines Wiedereinstellungsanspruchs vermieden. § 19 Abs.V SbG findet entsprechende Anwendung, da sich die werdende Mutter in der gleichen Lage wie ein Schwerbeschädigter befindet. Der Interessenkonflikt, in den sie durch die kollektive Arbeitsniederlegung der übrigen Arbeitnehmer gerät, muß vermieden werden. Bei analoger Anwendung der § 19 Abs. V kann sie an einem Streik teilnehmen und sich so mit ihren Arbeitskollegen solidarisch erklären, ohne befürchten zu müssen, daß der Arbeitgeber ihren Zustand zum Anlaß nimmt, sie nach Streikende nicht wieder einzustellen. Das Bundesarbeitsgericht leitet demgegenüber den Wiederanstellungsanspruch aus den in Art.6 Abs. IV GG und im MSchG zum Ausdruck gekommenen Grundsätzen des Schutzes der Mutter vor und nach der Geburt des Kindes her und schränkt dadurch die Ermessensfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Frage der Wiedereinstellung ein [36a].

35a) BAG, 10 S.111; BAG SAE 1963, S. 81.

36) Vgl. Köst, § 9 Anm. 64.

36a) BAG a.a.O., insbes. SAE 1963, S. 83.

M.E. sind diese Grundsätze als Anspruchsgrundlage zu unbestimmt. Sie sind allerdings für das Ergebnis, den Wiedereinstellungsanspruch, von ausschlaggebender Bedeutung [37].

Anders als der Schwerbeschädigte hat die werdende Mutter einen absoluten Anspruch auf Wiedereinstellung sofort nach Beendigung des Arbeitskampfes. Sie ist vor allen anderen Arbeitnehmern wieder einzustellen, insbesondere wenn der Betrieb erst wieder langsam anläuft. Selbst wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb durch die Streikauswirkungen einschränken mußte, ist er zum Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages und zur Lohnzahlung verpflichtet. Ist die Erneuerung des Arbeitsverhältnisses für ihn unzumutbar, so sollte ihm die Möglichkeit gegeben werden, in analoger Anwendung des § 9 Abs.II MSchG die Zustimmung zur Nichtwiedereinstellung der werdenden Mutter zu erlangen. Da er der werdenden Mutter bei einer Betriebsstillegung aus anderen Gründen nicht ohne weiteres kündigen kann, muß auch hier die Vorschrift des § 9 Abs. II beachtet werden. - Der absolute Wiedereinstellungsanspruch gibt der werdenden Mutter das für sie erforderliche und vom Gesetzgeber angestrebte Gefühl der sozialen Sicherheit. Ihr kann, anders als dem Schwerbeschädigten, auch nicht in Ausnahmefällen das Risiko des Arbeitskampfes

---

37) Auch in der Literatur wird zumTeil aus der Entscheidung des Großen Senats der BAG v. 28.1.1955, E 1, S.316 der Schluß gezogen, daß der Arbeitgeber sein Ermessen immer mißbrauche, wenn er eine werdende Mutter oder Wöchnerin nach dem Arbeitskampf nicht wiedereinstelle, siehe Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.623; Bulla, Anm. zu dem Urteil des LAG Düsseldorf, ARBl., Mutterschutz, Entscheidung 6 ; sowohl auch Siebrecht, S. 56.

aufgebürdet werden. Der Gesetzgeber wollte sie in stärkerem Maße als den Schwerbeschädigten schützen. Auf Grund des absoluten Wiedereinstellungsanspruchs besteht also für die werdende Mutter nicht die Gefahr des endgültigen Verlustes des Arbeitsplatzes.

Die werdende Mutter bzw. Wöchnerin kann sich wie der Schwerbeschädigte passiv und aktiv am Streik beteiligen [38], wobei es grundsätzlich keine Rolle spielt, ob es sich um einen rechtmäßigen oder um einen rechtswidrigen Arbeitskampf handelt. Nimmt sie jedoch vorsätzlich an einem rechtswidrigen Streik teil, so sollte man auch in diesem Falle dem Arbeitgeber das Recht geben, in analoger Anwendung des § 9 Abs. II MSchG eine Zulässigkeitserklärung zur Nichtwiedereinstellung der werdenden Mutter zu erlangen. Ebenso sollte bei einer deliktischen Streikbeteiligung verfahren werden. Mit Rücksicht auf das Verbot der außerordentlichen Kündigung kann anders als im Schwerbeschädigtenrecht der Wiedereinstellungsanspruch der werdenden Mutter nicht automatisch entfallen.

Die nach § 9 geschützte Arbeitnehmerin hat einen Anspruch auf Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages zu den früheren Bedingungen und unter Einräumung der alten Rechte und Anwartschaften sowie auf Wiederbeschäftigung am alten Arbeitsplatz. Abgesehen von dem Lohnausfall während der Arbeitsruhe sollen ihr aus dem Arbeitskampf keine Nachteile entstehen. Bei einer Betriebs-

38) BAG, SAE 1963, S. 81.

einschränkung muß sie jedoch die Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz hinnehmen, wenn ihr alter Arbeitsplatz fortgefallen ist.

Die werdende Mutter bzw. Wöchnerin muß dem Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitskampfes ein Angebot auf Abschluß eines Arbeitsvertrages machen. Den Arbeitgeber trifft ein Kontrahierungszwang. Weigert er sich, das Angebot anzunehmen, so kann die werdende Mutter auf Wiedereinstellung klagen und über §§ 894 ZPO / 615 BGB Beschäftigung und Lohn verlangen.

C. Das Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes.

Ehemalige Angehörige des öffentlichen Dienstes, die im Wege nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen entlassen worden waren, haben nach § 21 i.V. mit § 9 des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes [39] (BWGöD) einen Anspruch auf bevorzugte Wiedereinstellung. Der Anspruch mußte bis zum 31.12.1956 geltend gemacht werden (§ 24). Er hat daher heute kaum noch eine praktische Bedeutung.

---

39) Vom 11.5.1951, BGBl. I S. 291. Sechstes ÄnderungsG vom 18.8.1961. Bekanntmachung der Neufassung BGBl. I S. 1627.

Nach § 1 des Gesetzes erhalten Angehörige des öffentlichen Dienstes, die im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes verfolgt und dadurch in ihrem Dienst- oder Arbeitsverhältnis geschädigt worden sind, Wiedergutmachung. § 2 nennt als Berechtigte außer den geschädigten Beamten die Angestellten und Arbeiter. Wiedergutmachungsberechtigt ist, wer wegen politischer Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus oder aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung verfolgt worden ist und hierdurch Schaden im .... beruflichen oder wirtschaftlichen Fortkommen erlitten hat (§ 1 BWGöD i.V. mit § 1 BEG). Zur Wiedergutmachung verpflichtet ist der Dienstherr, in dessen unmittelbarem Dienstbereich die Schädigung stattgefunden hat. Ist dieser nicht mehr vorhanden, so trifft den Bund die Wiedergutmachungspflicht (§ 22 BWGöD).- Das Gesetz ist eine nachträgliche Verwirklichung des allgemeinen Gleichheitssatzes [40]. Das Unrecht, das zahlreichen Angehörigen des öffentlichen Dienstes vor 1945 durch willkürliche Ungleichbehandlung widerfahren ist, soll wiedergutgemacht werden. Den Geschädigten ist daher die Rechtsstellung und Besoldung zu gewähren, die sie erreicht hätten, wenn sie nicht vorzeitig entlassen worden wären (§ 9 Abs. II). Das unterscheidet die Wiedereinstellung von einer Neueinstellung. Der Anspruch nach § 9 BWGöD umfaßt mehr als das bloße Recht auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zu den üblichen Bedingungen. Der Wiedergutmachungsberechtigte kann verlangen, zu den Arbeitsbedingungen eingestellt zu werden, die jetzt für ihn gelten

---

40) Blessin-Ehrig-Wilden, § 1 Anm. 1.

würden, wenn er nicht vorzeitig entlassen worden wäre. Seine damalige Rechtsstellung und die Zeit seit seiner Entlassung sind zu berücksichtigen. Das ergibt sich daraus, daß der Gleichheitssatz nachträglich nur verwirklicht werden kann, wenn dem Berechtigten die Rechtsstellung eingeräumt wird, die er ohne die Schädigung innehätte.

Das Gesetz gewährt dem Geschädigten einen Individualanspruch [41] auf bevorzugte Wiedereinstellung. Will ein nach dem Gesetz verpflichteter Dienstherr einen freien Arbeitsplatz besetzen und melden sich bei ihm mehrere Bewerber, darunter ein gegenüber diesem Dienstherrn Wiedergutmachungsberechtigter, so muß er den Wiedergutmachungsberechtigten einstellen. Dem Zweck des Gesetzes ist jedoch zu entnehmen, daß das Recht des Geschädigten weitergeht. Ein Anspruch auf Wiedereinstellung ist auch anzuerkennen, wenn der frühere Dienstherr über einen entsprechenden freien Arbeitsplatz verfügt und der Wiedergutmachungsberechtigte der einzige Bewerber ist. Das ergibt sich daraus, daß an dem Geschädigten begangenes Unrecht wiedergutgemacht werden soll [42]. Der Dienstherr muß sich daher ernsthaft darum bemühen, den Geschädigten wieder in seiner Dienststelle angemessen unterzubringen. Der Anspruch auf bevorzugte Wiedereinstellung nach dem BWGöD ist in Wahrheit ein Anspruch auf unbedingte Wiedereinstellung im Rahmen der dem verpflichteten Dienstherr gegebenen Möglichkeiten [43].

41) Blessin-Ehrig-Wilden, § 26 Anm.11; KG, U.v. 3.2.1954, RzW 1954, S.376.

42) Vgl. BVerwG, RzW 1957, S. 205.

43) So wohl auch Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm. 83.

D. Das Bundesentschädigungsgesetz.

Die Opfer nationalsozialistischer Verfolgung haben nach § 89 des Bundesentschädigungsgesetzes vom 18.9.1953 [44] (BEG) gegen ihren früheren Arbeitgeber einen Anspruch auf Einräumung des alten oder eines gleichwertigen Arbeitsplatzes, wenn der Verlust des Arbeitsplatzes durch die Verfolgung bedingt war. Der Verfolgte muß seinen Arbeitsplatz durch eine Kündigung des Arbeitgebers verloren haben, die entgegen dem gesetzlichen Kündigungsschutz oder im Widerspruch zu den getroffenen Vereinbarungen ausgesprochen wurde [45]. Der Anspruch besteht jedoch nicht, wenn der Arbeitgeber aus zwingenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen zur Wiedereinstellung nicht in der Lage ist oder wenn der Berechtigte das 65.Lebensjahr vollendet hat oder erwerbsunfähig ist. Sind mehrere verpflichtete Arbeitgeber vorhanden, so kann der Anspruch nur gegenüber demjenigen Arbeitgeber durchgesetzt werden, dem die Wiedereinstellung am ehesten zuzumuten ist. Die Verfolgten sind in § 1 BEG näher bezeichnet. Es handelt sich um denselben Personenkreis, dem nach dem BWGöD Wiedergutmachungsansprüche gewährt werden [46]. Der Anspruch auf Wiedereinstellung war bis zum 1.4.1958 geltend zu machen (§ 189). Er hat daher wie der Anspruch nach dem BWGöD heute nur noch geringe Bedeutung.

---

44) Bundesgesetz zur Entschädigung für die Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung, BGBl. I S. 1387. Drittes ÄnderungsG vom 29.6.1956, BGBl. I S.1250.

45) Grimpe, § 34 Anm. 1.

46) S.o. S. - 122 -.

Von der Wiedereinstellungspflicht werden die privaten Arbeitgeber ebenso betroffen, wie der staatliche Unternehmer, der im Bereich der Privatwirtschaft tätig wird [47]. Nur für den öffentlichen Dienst gelten die Sonderbestimmungen des BWGöD [48]. - Der Arbeitnehmer, der im Wege nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen entlassen wurde [49], hat gegen seinen früheren Arbeitgeber einen Individualanspruch auf Wiedereinstellung [50]. Der Arbeitgeber muß den Verfolgten auf dem alten oder auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz wieder beschäftigen. Es steht ihm frei, ob er den ehemaligen Arbeitnehmer wieder in seine frühere oder in eine gleichwertige Position aufnehmen will [51]. Dem Verfolgten steht kein Wahlrecht zu. - Die Wiedereinstellungspflicht trifft auch den Rechtsnachfolger des früheren Arbeitgebers (§ 89 Abs.II). Der Anspruch ist jedoch erloschen, wenn dieser den Betrieb inzwischen eingestellt hat [52].

Der Verfolgte kann auf Grund des § 89 nicht unmittelbar von seinem früheren Arbeitgeber die Wiedereinstellung verlangen. Der Anspruch auf Wiedereinräumung des Arbeitsplatzes muß zuvor auch bei der zuständigen Entschädigungsbehörde geltend gemacht worden sein. Die Behörde

---

47) Klückmann bei Becker-Huber-Küster, § 34 Anm.2.

48) Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm.83; Ingeborg Becker, S.5; Wilden, S. 1713.

49) Siehe im einzelnen Klückmann bei Becker-Huber-Küster, § 34 Anm.6.

50) Ingeborg Becker, a.a.O.

51) van Dam-Loos, § 89 Anm.3.

52) van Dam-Loos, § 89 Anm.8; Blessin-Ehrig-Wilden, § 89 Anm.4; Klückmann, a.a.O., § 35 Anm. 2.

spricht die Verpflichtung aus. Erst dann muß der Arbeitgeber mit dem Verfolgten einen neuen Arbeitsvertrag schließen [53]. Weigert er sich, so gilt das Arbeitsverhältnis als wiederhergestellt, wenn die Verpflichtung zur Einräumung des Arbeitsplatzes durch unanfechtbaren Bescheid der zuständigen Entschädigungsbehörde oder durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgestellt worden ist (§ 89 Abs.IV BEG).

Wie das BWGöD, so ist auch das BEG eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Das unter Verletzung des überpositiven Gleichheitssatzes an dem Verfolgten begangene Unrecht soll wiedergutgemacht werden. Der Verfolgte hat jedoch anders als nach dem BWGöD keinen Anspruch auf Einräumung einer höher bezahlten Stellung als er vor seiner Entlassung innehatte [54]. Er kann nicht Einstellung auf einem besseren Arbeitsplatz fordern, den er bei Fortdauer des Arbeitsverhältnisses vielleicht erreicht hätte. Er kann nur Wiederbeschäftigung auf seinem alten oder auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz verlangen. Das Gesetz gewährt keine volle Entschädigung für das erlittene Unrecht. Das ist damit zu erklären, daß es in der Privatwirtschaft anders als im öffentlichen Dienst nicht vorhersehbar ist, welches berufliche Fortkommen der einzelne Arbeitnehmer haben wird. Dem Ver-

53) §§ 188, 189 BEG; Burkhardt, BB 1955, S.231 mit Ergänzung in BB 1956, S. 723.

54) A.A. Wilden bei Blessin-Ehrig-Wilden, § 89 Anm. 13. Wie hier aber ders. NJW 1954 S. 1714.

folgten sind jedoch die Rechtsvorteile wieder einzuräumen, die mit seinem früheren Arbeitsverhältnis verbunden waren. Für die Anwartschaft auf Ruhegeld sind die Jahre der Abwesenheit anzurechnen [55]. - Ist der Verfolgte inzwischen in einem anderen Betriebe auf einem gleich- oder höherwertigem Arbeitsplatz beschäftigt, so entfällt der Anspruch gegen den früheren Arbeitgeber [56]. Der Verfolgte ist in diesem Falle nicht mehr geschädigt.

Zweiter Abschnitt.

Wiedereinstellungspflicht auf Grund allgemeiner Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze.

A. Wiedereinstellung auf Grund nachwirkender Fürsorgepflicht des Arbeitgebers?

I. Vorbemerkung.

Der Arbeitgeber soll nach einer weitverbreiteten Auffassung verpflichtet sein, ehemalige Arbeitnehmer auf Grund einer ihn über das beendete Arbeitsverhältnis hinaus treffenden, nachwirkenden Fürsorgepflicht wieder einzustellen. Die

---

55) LAG Hannover, BB 1950, S.759; LAG Hamm, BB 1951, S.1005; Klückmann bei Becker-Huber-Küster, § 34 Anm. 8.

56) BGH, U.v. 7.1.1959, RzW 1959, S. 233; Klückmann a.a.O., Vorbem. vor § 35; van Dam-Loos, § 89 Anm.6. A.A. Wilden bei Blessing-Ehrig-Wilden, § 89 Anm. 15.

Pflicht soll jedoch nur in besonderen Fällen bestehen, die durch drei Beispiele zu veranschaulichen sind:

Ein Arbeitgeber hat auf Grund eines Befehls der Militärregierung nach 1945 einen Arbeitnehmer entlassen, der von der Besatzungsmacht als ehemaliger Angehöriger der geheimen Staatspolizei verdächtigt wird. Im Entnazifizierungsverfahren wird der Verdächtigte durch Spruchkammerbescheid entlastet. Der Arbeitnehmer verlangt von seinem früheren Arbeitgeber die Wiedereinstellung.

- Ein Unternehmer ist wegen Auftragsmangels gezwungen, seinen Betrieb stillzulegen. Sämtliche Arbeitnehmer werden entlassen. Nur zum Teil finden sie in anderen Betrieben angemessene Arbeitsplätze. Der Unternehmer erhält nach kurzer Zeit unerwartet einen Großauftrag und eröffnet seinen Betrieb wieder. Die Mehrheit seiner ehemaligen Arbeitnehmer begehrt die Wiedereinstellung.

- Ein Arbeitnehmer wird verdächtigt, im Unternehmen seines Arbeitgebers eine Unterschlagung begangen zu haben. Er wird aus diesem Grunde fristlos entlassen. Nachträglich stellt sich heraus, daß der Verdächtigte unschuldig war. Er fordert den Arbeitgeber auf, ihn wieder einzustellen.

Diese drei Sonderfälle, in denen eine Wiedereinstellung auf Grund nachwirkender Fürsorgepflicht diskutiert wird, sollen im folgenden näher dargestellt werden.

II. Wiedereinstellung nach Kündigung wegen politischer Belastung und nachträglicher Entlastung des Arbeitnehmers.

1. Bisherige Ansicht

Nach dem Zusammenbruch wurden die Arbeitgeber vielfach durch die Militärregierung angewiesen, politisch belastete Arbeitnehmer fristlos zu entlassen. Die Arbeitgeber mußten einem solchen Befehl der Besatzungsmacht Folge leisten. Das Arbeitsverhältnis wurde wirksam beendet. Häufig wurde aber im Entnazifizierungsverfahren nachgewiesen, daß die Verdächtigung zu Unrecht bestand. Der Arbeitnehmer wurde durch Spruchkammerbescheid entlastet. Die Gerichte standen dann dem Problem gegenüber, daß der Arbeitnehmer einerseits wirksam entlassen war, andererseits aber der Anlaß der fristlosen Entlassung in Wahrheit nie bestanden hatte. - Die Frage nach der Wiedereinstellung dieser politisch entlasteten Arbeitnehmer ist heute zwar nur noch von historischer Bedeutung, soll aber wegen ihres rechtsdogmatischen Interesses näher dargestellt werden.

In seinem Urteil vom 14.12.1956 hat der Erste Senat des BAG [57] einen Wiedereinstellungsanspruch des politisch entlasteten Arbeitnehmers auf Grund einer nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anerkannt. Ein Angestellter wurde durch Anordnung der Militärregierung we-

---

57) AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht. Den Ausführungen hat sich der Dritte Senat in einem Urteil vom 25.2.1960, BAG 9, S.85 ff. angeschlossen.

gen angeblicher nationalsozialistischer Betätigung vom Arbeitgeber fristlos entlassen. Nachdem er von der Entnazifizierungsbehörde in die Gruppe der unbedeutend Belasteten eingestuft worden war, verlangte er von seinem früheren Arbeitgeber die Wiedereinstellung. Das BAG hat den Wiedereinstellungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitierung[58] des Arbeitnehmers bejaht, weil er ein schutzwertes Rehabilitierungsinteresse habe[59]. Die Wiedereinstellungspflicht soll jedoch entfallen, wenn ihre Erfüllung dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist[60]. Wenn dem Rehabilitierungsinteresse des Arbeitnehmers ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtwiedereinstellung gegenüber steht, so soll im Einzelfall der Wiedereinstellungsanspruch ausgeschlossen sein.

Das Urteil des BAG vom 14.12.1956 ist auf die Kritik von Molitor[61], Mohnen[62] und

---

58) Ebenso Larenz, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 u.4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S. 142.

59) BAG, a.a.O. - Die Pflicht zur Wiedereinstellung des politisch entlasteten Arbeitnehmers auf Grund der nachwirkenden Fürsorgepflicht ist bereits vor der Entscheidung des BAG anerkannt worden vom LAG Stuttgart, BB 1950, S.23; AP 1950, Nr. 33; AP 1952, Nr. 115 und von Bobrowski, S. 19 bis 22; Hilger, BB 1949, S. 471.

60) BAG 9, S.94; ebenso Käuffer, S. 104.

61) Anm. zu dem Urteil in ARBl. Blattreihe D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis X, X Nachwirkung des Arbeitsvertrages, Entscheidung 2.

62) RdA 1957, S. 405 ff.

Larenz [63] gestoßen. Während Mohnen und Larenz die Ausführungen des Gerichts im Ergebnis bejahen und nur an der Begründung Anstoß nehmen, lehnt Molitor eine Wiedereinstellungspflicht überhaupt ab. Larenz will den Anspruch auf Wiedereinstellung unmittelbar auf § 242 BGB stützen [64]. Der Arbeitgeber sei nach Treu und Glauben zur Rehabilitierung des Arbeitnehmers verpflichtet. Ein Anspruch aus nachwirkender Fürsorgepflicht komme nicht in Betracht, da nur Nebenpflichten nachwirken könnten. Molitor und Mohnen lehnen eine Wiedereinstellungspflicht sowohl aus nachwirkender Fürsorgepflicht als auch auf Grund des § 242 BGB ab. Sie wenden sich sowohl gegen das Urteil des BAG als auch gegen die Ansicht von Larenz. Die Fürsorgepflicht könne hinsichtlich der Wiedereinstellung nicht nachwirken. Ein Anspruch aus § 242 BGB entstehe ebenfalls nicht, da § 242 ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetze [65]. Während Molitor damit dem Arbeitnehmer überhaupt das Recht auf Rehabilitierung durch den Arbeitgeber abspricht [66], will Mohnen den Arbeitgeber

---

63) Anm. zu BAG AP Nr. 3 und 4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

64) Ebenso, Hueck, Festschr.f.Hedemann 1958, S. 142/143; LAG Hamburg, RdA 1950, S.113 ff.; MDR 1948, S.255; BB 1949, S.372 mit zust. Anm. Paehler S.373; LAG Bremen, BB 1950, S. 734; LAG Stuttgart, BB 1950, S.23; ArbGer. Rosenheim, ARSt VI, Nr. 768.

65) So Molitor, a.a.O.

66) Wie Molitor lehnten einen Wiedereinstellungsanspruch des politisch entlasteten Arbeitnehmers ab: LAG Hamburg, AP 1950, Nr.153; LAG Hamm, AP 1950, Nr. 50 mit zust. Anm. Neumann-Duesberg; ArbGer. Mannheim, ARSt XI, Nr. 92.

aber im Wege des Schadensersatzes zur Wiedereinstellung verpflichten. Der Arbeitgeber sei in der Regel nur zur Suspension des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen [67]. Habe er dem belasteten Arbeitnehmer dennoch fristlos gekündigt, so liege darin eine Vertragsverletzung, die ihn schadensersatzpflichtig mache. Zu Recht ist diese Auffassung auf die Kritik von Diekhoff [68] gestoßen, der darauf hinweist, daß Mohnen im Ergebnis den Befehl der Militärregierung nicht als wichtigen Grund zur Kündigung ansieht und daher logischerweise die Kündigung als unwirksam ansehen müßte. Dann aber erübrigt sich die Frage nach der Wiedereinstellung [69].

Wie Mohnen will auch Reinhardt anstelle der fristlosen Kündigung nur die Suspension des Arbeitsverhältnisses eines politisch Belasteten zulassen [70]. Zwischen dem Kündigungsgrund und der Kündigungswirkung müsse eine gewisse Verhältnismäßigkeit bestehen [71], die nur dann verwirklicht werde, wenn man in der Entlassung lediglich eine vorläufige Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses sehe. Anders als Mohnen will Reinhardt daher die Kündigung in eine Suspension u m d e u t e n . Nach politischer Entlastung brauche der Arbeitnehmer nicht die

---

67) A.a.O., S.409. Dagegen Hueck, Festschr.f. Hedemann 1958, S.149.

68) Betrieb 1958, S. 870.

69) Gegen Mohnen auch Hueck, a.a.O., S.143 ff.

70) RdA 1950, S. 88.

71) A.a.O., S. 87. Ebenso Mohnen, RdA 1958, S. 409.

Wiedereinstellung, sondern nur die Wiederbeschäftigung zu verlangen. Auch gegen diese Konstruktion hat sich Diekhoff zu Recht gewandt [72]. Eine Umdeutung nach § 140 BGB ist nur möglich, wenn die Kündigung nichtig ist. Sie ist aber rechtswirksam. Selbst wenn man eine Unwirksamkeit der Kündigung annimmt, bedarf es keiner Umdeutung mehr [73], da dann gar keine Lösung des Arbeitsverhältnisses erfolgt ist [74].

2. Eigene Ansicht.

Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, der politisch entlastete Arbeitnehmer könne auf Grund einer nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Wiedereinstellung verlangen, ist wenig überzeugend. Es soll nicht geleugnet werden, daß Arbeitsverhältnisse Nachwirkungen zeigen können, die ihrerseits Ansprüche der ehemaligen Arbeitnehmer begründen. Indessen sollte man es sich nicht zu leicht machen und überall dort die Fürsorgepflicht heranziehen, wo scheinbar andere, konkretere Anspruchsgrundlagen nicht vorhanden sind. Sicher ist die Auffassung, die nach Ende des

---

72) Betrieb 1958, S.870.

73) So aber ArbGer. Braunschweig, BB 1948, S.105, das die Kündigung wegen Wegfalls des Kündigungsgrundes als nichtig ansieht und die Entlassung in eine Suspension umdeutet.

74) So Diekhoff, a.a.O. Gegen Reinhardt auch LAG Hamburg, Betrieb 1951, S. 328 = AP 1953 Nr. 123 und Mohnen, RdA 1957, S.409.

Arbeitsverhältnisses weiterbestehende Fürsorgepflicht könne nur Nebenpflichten des Arbeitgebers begründen, die Wiedereinstellung aber sei eine Hauptpflicht [75], zu eng. Auch die Ansicht von Diekhoff [76], das Arbeitsverhältnis verhalte sich zur Fürsorgepflicht wie die Ursache zur Wirkung und die nachwirkende Fürsorgepflicht könne als Auswirkung des Arbeitsverhältnisses nicht ihre eigene Ursache, den Arbeitsvertrag wiederherstellen, ist zu formalistisch. Dennoch ist die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts abzulehnen, weil die nachwirkende Fürsorgepflicht inhaltlich zu unbestimmt ist, als daß auf sie unmittelbar Wiedereinstellungsansprüche gestützt werden könnten [77].

Die Ansicht von Larenz, der den Wiedereinstellungsanspruch auf § 242 BGB zu stützen sucht, ist ebenfalls abzulehnen. § 242 BGB sollte nur dort zur Begründung von Ansprüchen herangezogen werden, wo nicht andere, spezielle Anspruchsgrundlagen vorhanden sind.

Dennoch ist den Befürwortern einer Wiedereinstellungspflicht zugunsten der politisch entla -

---

75) Mohnen, Dienstvertrag, Vorbem. 38 vor § 617 BGB; ders. RdA 1957, S. 407; Mavridis, S. 228; Larenz, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 u. 4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht. Dagegen Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S. 144.

76) Diekhoff, S. 869.

77) Es müssen noch weitere Umstände hinzukommen, s.u. S. - 160 - ff.

steten Arbeitnehmer im Ergebnis zuzustimmen. Zur Begründung dieser Pflicht ist von der besonderen Situation nach 1945 auszugehen. Die Entlassung der belasteten Arbeitnehmer wurde den Arbeitgebern von außen, von einer nichtdeutschen Besatzungsmacht befohlen, die die staatliche Gewalt innehatte. Die Arbeitgeber waren nur Vollzugsorgane der Militärregierung. Oft mußten sie ihre Mitarbeiter gegen ihren eigenen Willen entlassen. Stellte sich nun nachträglich heraus, daß die oft auf falscher Denunziation beruhende, summarisch getroffene Entscheidung der Militärbehörde ungerechtfertigt war, so gebot die Solidarität Deutscher untereinander gegenüber fremder Besatzungsmacht, das von ihr begangene Unrecht wiedergutzumachen. Es sollte nicht eingewandt werden, daß sich auf bloße Solidarität keine Ansprüche stützen lassen. Der Druck der Besatzungsmacht auf alle Deutschen begründete unter diesen eine Notgemeinschaft. Aus ihr entsprang eine gegenseitige Verantwortlichkeit, die im Interesse aller die ungerechten Folgen dieser Machtausübung zu beseitigen gebot. Mag diese Ansicht auch vom formal-juristischen Standpunkt aus angreifbar sein. Sie ist der damaligen Ausnahmesituation angepaßt und vermeidet es, eine Lösung mit herkömmlichen Begriffen zu suchen, die ihrem Sinn nach für andere Fälle geschaffen wurden.[77a)]

77a) Vgl. Gamillscheg, AcP 1964, S.394.

III. Wiedereinstellung nach Betriebsstillegung und erneuter Eröffnung.

1. Bisherige Ansicht.

Nicht nur in allgemeinen wirtschaftlichen Krisenzeiten kann der Arbeitgeber infolge Auftragsmangels oder aus anderen wirtschaftlichen Gründen gezwungen sein, einen Teil der Arbeitnehmer zu entlassen oder den Betrieb ganz stillzulegen. Die Massenentlassung der Betriebsangehörigen ist im Rahmen der §§ 15 ff KSchG wirksam. Die Arbeitnehmer verlieren ihre Arbeitsplätze. Die wirtschaftliche Situation des Unternehmers kann sich aber schon nach kurzer Zeit grundlegend ändern. Nicht selten wird er durch neue Aufträge in der Lage sein, den Betrieb wieder zu eröffnen und im früheren Umfange oder unter gewissen Einschränkungen fortzuführen. Da die ehemaligen Betriebsangehörigen durch die Kündigung aus dem Betrieb ausgeschieden sind, müßte es dem Arbeitgeber auf Grund seiner Vertragsfreiheit freistehen, ob und welche Arbeitnehmer er wieder einstellt [78]. Um dieses wenig befriedigende Ergebnis zu vermeiden, haben die Gerichte vereinzelt einen Anspruch auf Wiedereinstellung aus nachwirkender Fürsorgepflicht an-

---

78) Anders, wenn der Arbeitgeber seinen ehemaligen Arbeitnehmern bei der Entlassung die Wiedereinstellung zugesichert hat.

erkannt [79]. Auch hier ist einzuwenden, daß die nachwirkende Fürsorgepflicht inhaltlich zu unbestimmt ist, als daß auf sie unmittelbar Wiedereinstellungsansprüche gestützt werden könnten [80]. Es ist daher nach einer anderen Anspruchsgrundlage zu suchen.

2. Eigene Ansicht.

Dem Ergebnis, der Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs, ist unter Einschränkungen zuzustimmen.

Eine Wiedereinstellungspflicht sollte zugunsten derjenigen früheren Betriebsangehörigen anerkannt und auf sie beschränkt werden, die durch die Entlassung Sonderrechte oder Anwartschaften - insbesondere Ruhegelder - verloren. Diese Arbeitnehmer haben echte Einbußen erlitten, die

---

79) Arb. Ger. Gelsenkirchen, U.v. 10.10.1934, ARS 23, 2.Abteilung, S.230 ff. und U.v.20.5. 1936, ARS 27, 2.Abteilung, S.93 ff; ArbGer. Hindenburg, U.v. 30.11.1937, ARS 31, 2.Abteilung, S.93 ff. Das ArbGer. Hindenburg spricht von einem Wiederaufleben der Fürsorgepflicht (S.95). Gegen die Ansicht des ArbGer.Gelsenkirchen LAG Duisburg, U.v. 8.4.1937, ARS 30, 2.Abteilung, S.179 ff. (182). Gegen einen Anspruch auf Wiedereinstellung auch LAG Hamm, U.v. 3.7.1953, AP 1954, Nr. 7. In der Literatur haben sich für die Anerkennung des Wiedereinstellungsanspruchs aus nachwirkender Fürsorgepflicht Pohl, AOG-Komm., § 2 Anm. 3 d) und R.Lehmann, S.110 ausgesprochen. Dagegen Mohnen, Dienstvertrag, Vorbem. 38 vor § 617 BGB. Einschränkend Schnorr von Carolsfeld,S.401.

80) Vgl. oben S.- 134 -.

wegen ihres meist fortgeschrittenen Alters nicht oder nur schwer zu ersetzen sind. Den übrigen Arbeitnehmern ist "lediglich" der Arbeitsplatz genommen worden, der als solcher keine Sonderstellung begründet hat. Die mit Anwartschaften begünstigten Betriebsangehörigen aber verloren in Geld meßbare Werte. Bei ihnen hat sich die bloße, nur durch die Kündigungsschutzvorschriften gesicherte Innehabung des Arbeitsplatzes zu einem Recht gefestigt, dessen Verlust nur zu billigen ist, solange der Betrieb geschlossen bleibt. Bei Wiedereröffnung ist die Einbuße dieser Arbeitnehmer nicht mehr gerechtfertigt; denn die Anwartschaften wurden ihnen für besondere Leistungen oder lange Betriebszugehörigkeit eingeräumt, solange und soweit der Betrieb besteht. Bei einer Wiedereröffnung aber wird der alte Betrieb wieder in Tätigkeit versetzt; es wird kein neues Unternehmen gegründet [81]. Deshalb müssen auch die Anwartschaften der früheren Arbeitnehmer wieder aufleben. Sie sind durch erneute Einstellung wieder einzuräumen.

Das Ergebnis erscheint angemessen. War der Arbeitgeber berechtigt, einen Teil der mit der Schließung des Betriebes verbundenen wirtschaftlichen Folgen auf seine Arbeitnehmer abzuwälzen, so ist es billig, ihn zu verpflichten, seine früheren, besonders verdienten und daher mit Anwartschaften bedachten Arbeitnehmer an den wirtschaftlichen Vorteilen der Wiedereröffnung

---

81) Selbstverständlich kann sich der Arbeitgeber nicht durch bloße Firmenänderung von der Wiedereinstellungspflicht befreien.

teilhaben zu lassen. Immerhin hat der Arbeitgeber den zeitweise geschlossenen Betrieb nur mit Hilfe seiner früheren Arbeitnehmer aufbauen bzw. führen können, aus dem er jetzt erneut die Vorteile zieht, indem er z.B. den alten Kundenstamm wieder beliefert oder die alten Betriebsräume benutzt. Die Tätigkeit der besonders verdienten Arbeitnehmer wurde durch die Lohnzahlung nicht abgegolten. Der Arbeitgeber blieb ihnen die Erfüllung der Anwartschaften schuldig, die bei erneuter Ausnutzung des alten Betriebes wieder aufleben.

Die wiedereinstellungsberechtigten Arbeitnehmer müssen allerdings zumutbare Kürzungen ihrer Rechte, die in einer erschwerten Fortführung des Betriebes begründet sind, in Kauf nehmen. Auch kann der Arbeitgeber nur im Rahmen der Zumutbarkeit zur Wiedereinstellung verpflichtet sein. Er hat nur eine seinen wirtschaftlichen Möglichkeiten entsprechende Anzahl früherer Arbeitnehmer wiedereinzustellen.

IV. Wiedereinstellung nach Verdachtskündigung.

1. Bisherige Ansicht.

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kann für den Arbeitgeber unzumutbar sein, wenn der Arbeitnehmer in den dringenden Verdacht gerät, eine strafbare Handlung begangen zu haben. Daher ist der Arbeitgeber zur fristlosen Kündi-

gung berechtigt [82]. Nach der Entlassung kann sich herausstellen, daß der Verdächtigte unschuldig war. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer damit - wenn auch ohne eigenes Verschulden - ein Unrecht zugefügt. Die Entlassung war, rückwirkend betrachtet, nicht gerechtfertigt. Sie ist dennoch wirksam. Der schuldlos Verdächtigte hat aber wie der politisch Entlastete [83] ein berechtigtes Interesse daran, von seinem früheren Arbeitgeber durch Wiedereinstellung rehabilitiert zu werden.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 13.7. 1956 [84] entschieden, daß der zu Unrecht Verdächtigte einen Anspruch auf Wiedereinstellung hat. Werde der zunächst begründete Verdacht später ausgeräumt, so könne sich als Nachwirkung des Dienstvertrages aus den Grundsätzen von Treu und Glauben die Verpflichtung des Dienstherrn ergeben, den Dienstverpflichteten wieder zu beschäftigen. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein selbständiger Unternehmer fuhr auf Grund eines Dienstvertrages

---

82) BAG, AP Nr. 1,5,9 und 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 3,5 und 8 zu § 626 BGB; AP Nr. 33 zu § 1 KSchG sowie BGH, AP Nr.2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; RAG, ARS 21, S.145 ff. (147); ARS 25, S.121; ARS 36, S.260; RG, JW 1937, S.1146 Nr.5; Nikisch, I.Bd., S.594; Molitor, SAE 1957, S.7; Käuffer, S.97. Einschränkend Diekhoff, S.870;Mohnen, RdA 1957, S.409 und Hueck, Lehrb. I.Bd., S.530. Zweifelnd LAG Frankfurt, Betrieb 1958, S.200.- Joachim, ArbuR 1964 S.33 ff., ist der Auffassung, daß der Begriff der Verdachtskündigung häufiger als notwendig verwendet wird. Oft liegen nach seiner Ansicht andere Kündigungsgründe vor, die ebenfalls zur Entlassung führen können. Jeder Arbeitnehmer habe sich so zu verhalten, daß sein Arbeitgeber nicht mißtrauisch wird. Bei Verletzung dieser Pflicht sei ein Kündigungsgrund gegeben. Dem ist zuzustimmen. Doch auch in den übrigen Fällen soll die Verdachtskündigung unzulässig sein, weil die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zumutbar sei, solange sich der Arbeitnehmer nichts Beweisbares hat zuschulden kommen lassen. Mit Urteil vom 4.6.1964, AP Nr.13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, ist das BAG dieser Auffassung unter Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung entgegengetreten, m.E. zu Recht. Joachim überspannt die Arbeitgeberpflichten.

83) S.o. S. -129- ff.

84) AP Nr.2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

dauernd Zement für eine Zementfabrik. Wegen des Verdachtes der Zement-Unterschlagung wurde ihm gekündigt. Später wurde der Verdacht entkräftet. Der Unternehmer begehrte von seinem Dienstherrn den Neuabschluß des Dienstvertrages. - Der Bundesgerichtshof führt in seinem Urteil aus, daß ein gelöstes Dienstverhältnis insofern Nachwirkungen habe, als noch Pflichten nach § 242 BGB bestehen könnten. Wie sich aus der Anbahnung von Vertragsverhandlungen Vorwirkungen des Vertrages ergeben könnten (culpa in contrahendo), so lasse auch das Ende eines Vertrages noch gewisse Nachwirkungen der vertraglichen Bindung zu. Da das Dienstverhältnis von beiderseitigen Treupflichten und auf Seiten des Dienstherrn von der Fürsorgepflicht beherrscht werde, müsse es in noch stärkerem Maße als Warenumsatzgeschäfte [85] Nachwirkungen zeigen. Wenn das Urteil auch nicht ausdrücklich von einer nachwirkenden Fürsorgepflicht spricht, so ergibt sich doch aus den Ausführungen des Gerichts, daß mit der von ihm anerkannten Nachwirkung des Dienstvertrages im Rahmen des § 242 BGB nichts anderes gemeint ist [86].

---

85) Vgl. dazu BGHZ 16, S.4 ff.(10); BGH, LM Nr. 2 zu § 362 BGB, RGZ 161, S. 330 ff. (338 - Venusbergurteil).

86) Für den Wiedereinstellungsanspruch des zu Unrecht Verdächtigten aus nachwirkender Fürsorgepflicht Käuffer, S. 103; vgl. auch Reuss, Sozialstaatsprinzip, S.26, der den Anspruch auf Wiedereinstellung auf die Treu- und Fürsorgepflicht des alten Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips zu stützen sucht.

Zu dem Urteil haben A.Hueck, Diekhoff, Molitor und Mohnen kritisch Stellung genommen. Hueck[87] weist zunächst zutreffend darauf hin, daß es auch hier um die Rehabilitierung eines schuldlos in Verdacht Geratenen geht[88]. Er wendet sich aber gegen die Heranziehung der nachwirkenden Fürsorgepflicht. Wenn es auch der Billigkeit entspreche, das dem Dienstverpflichteten objektiv zugefügte Unrecht wiedergutzumachen, so erscheine es doch zweifelhaft, die Pflicht zur Beseitigung der Kündigungsfolgen aus der fortdauernden Fürsorgepflicht herzuleiten. Mit Beendigung des Dienstvertrages seien die aus ihm entspringenden Hauptpflichten erloschen. Wie Larenz im Falle des politisch Entlasteten[89], so will Hueck den Wiedereinstellungsanspruch des zu Unrecht Verdächtigten auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) stützen[90]. Auch Diekhoff[91] wendet gegen das Urteil des BGH ein, daß ein Dienstverhältnis nur schwache Nachwirkungen habe und ein Wiedereinstellungsanspruch nicht darauf gestützt werden könne. Er tritt wie Hueck für eine Wiedereinstellungspflicht des Arbeitgebers auf Grund des § 242 BGB ein. Die Nichtwiedereinstellung des zu Unrecht in Verdacht Geratenen sei unbillig und verstoße gegen Treu und Glauben. Da-

---

87) Anm. zu AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

88) Ebenso in Festschr. f. Hedemann 1958, S. 142.

89) S.o. S. [illegible].

90) Anm. zu AP Nr. 2 u. Festschr. f. Hedemann, S. 147.

91) Betrieb 1958, S. 869.

gegen hat Molitor [92] eingewandt, daß § 242 BGB nach der Beendigung des Schuldverhältnisses nicht herangezogen werden könne. Er wendet sich ebenfalls gegen das Urteil des BGH [93] und bezweifelt, daß bei einem freien Dienstvertrag überhaupt eine Fürsorgepflicht besteht. Davon abgesehen, macht Molitor den grundlegenden Einwand, daß man aus dem nachträglichen Wegfall des Kündigungsgrundes keinen Anspruch auf Erneuerung des früheren Vertragsverhältnisses herleiten könne. Wenn man dem zu Unrecht Verdächtigten einen Anspruch auf Wiedereinstellung gewähre, so müsse man auch in anderen Fällen des nachträglichen Wegfalls des Kündigungsgrundes, z.B. bei Ausheilung einer Krankheit, einen Wiedereinstellungsanspruch des Entlassenen anerkennen [94]. Damit aber werde die Kündigung in eine Suspension umgewandelt. Das Urteil

---

92) Gegen Hueck in der Anm. zu BAG, ARBl., Blattreihe D, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis X, X Nachwirkung des Arbeitsvertrages, Entscheidung 2. Gegen Hueck auch Mohnen, RdA 1957, S. 408/409.

93) Anm. zu dem Urteil in SAE 1957, S. 5 ff.

94) Ein solcher Anspruch ist in der Tat in einem Ausnahmefall gegeben. Er stützt sich auf eine gesetzliche Bestimmung: Nach § 45 Abs.II BBG kann ein wegen unheilbarer Krankheit in den Ruhestand versetzter Beamter nach Wiederherstellung seiner Dienstfähigkeit und vor Ablauf von 5 Jahren seit dem Eintritt in den Ruhestand die erneute Berufung in das Beamtenverhältnis verlangen. Wenn die Dienstordnung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft die Anwendung dieser Vorschrift auf Angestellte vorsieht, so haben auch sie einen Anspruch auf Wiedereinstellung nach Ausheilung der Krankheit. Siehe BAG, U.v. 9.12.1960, E 10, S. 232 ff.

des BGH laufe in Wahrheit auf eine Suspendierung des Dienstverhältnisses hinaus, obwohl ein begründeter Verdacht den Arbeitgeber zur Kündigung berechtige. Molitor lehnt damit einen Wiedereinstellungsanspruch des Verdächtigten ab [95]. Er regt an, die Verdachtskündigung in Ermangelung eines ausreichenden Kündigungsgrundes als nichtig anzusehen und in eine Suspendierung umzudeuten [96]. Das ist indessen nicht möglich, da ja der bloße Verdacht, wie Molitor selbst anerkennt, ein Grund zur fristlosen Entlassung ist. Wenn dieser Grund später durch die Ausräumung des Verdachts wegfällt, so bleibt die Kündigung doch wirksam, weil im Zeitpunkt der Kündigungserklärung ein wichtiger Grund vorlag.

Gegen den weiteren Einwand Molitors, man müsse z.B. auch bei Ausheilung einer Krankheit einen Wiedereinstellungsanspruch anerkennen, wenn man dem Urteil des BGH folge, weil ja auch hier der Kündigungsgrund nachträglich in Wegfall gerate, haben Larenz [97], Mohnen [98] und A.Hueck [99] Stellung bezogen. Sie weisen zu Recht auf den bedeutsamen Unterschied hin, der zwischen der

---

95) Ebenso in ARBl. D-Blatt Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis X, X Nachwirkung des Arbeitsvertrages. Verpflichtung zur Erneuerung eines beendeten Arbeitsverhältnisses, E.

96) Anm. zu dem Urteil des BGH, a.a.O., S.7. Vgl. die Ansicht Reinhardts, oben S. - 132 -.

97) Anm. zu BAG AP Nr. 3 u. 4. zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

98) RdA 1957, S. 407.

99) Festschr. f. Hedemann 1958, S. 142.

Verdachtskündigung und der Kündigung wegen unheilbarer Krankheit besteht. Die Krankheit hat zur Zeit der Kündigung als Tatsache bestanden, der Arbeitgeber nahm nur fälschlicherweise an, sie sei unheilbar. Hingegen hat die Tatsache einer strafbaren Handlung des Verdächtigten in Wahrheit nie bestanden. Mohnen spricht von einem ex tunc - Wegfall des Kündigungsgrundes, bei dem ein Wiedereinstellungsanspruch gegeben sei. Die Ausheilung einer Krankheit bedeute nur einen ex nunc-Fortfall des Kündigungsgrundes und schließe den Wiedereinstellungsanspruch aus. Die Unterscheidung darf jedoch nicht verallgemeinert werden; denn sie gibt keinen Anhalt dafür, wann ein Wiedereinstellungsanspruch gegeben ist. Wie festgestellt, besteht nach der hier vertretenen Auffassung auch im Falle der Kündigung wegen Arbeitsmangels oder Betriebsstillegung unter Umständen ein Anspruch auf Wiedereinstellung, obwohl bei Wiedereröffnung des Betriebes der Kündigungsgrund nur ex nunc wegfällt.

Mohnen [100] wendet sich gegen das Urteil des BGH mit den gleichen Argumenten wie gegen das Urteil des BAG hinsichtlich der Wiedereinstellung des politisch Entlasteten [101]. Da nur Nebenpflichten nachwirken könnten, sei die nachwirkende Fürsorgepflicht zur Begründung des Wiedereinstellungsanspruchs nicht geeignet. Der Arbeitgeber sei vielmehr im Wege des Schadensersatzes zur Wiedereinstellung verpflichtet, da die Suspension des Arbeitsver-

100) RdA 1957, S. 405 ff.
101) S.o. S. - 131 -.

hältnisses genügt hätte [102]. Auch hier ist mit Diekhoff [103] zu entgegnen, daß die Kündigung in Ermangelung eines wichtigen Grundes unwirksam wäre, wollte man nur die Suspension des Arbeitsverhältnisses zulassen [104].

Das Urteil des BGH und die Kritiker dieser Entscheidung geben keine überzeugende Begründung für den Wiedereinstellungsanspruch des schuldlos in Verdacht Geratenen. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers e n d e t , sobald der einer strafbaren Handlung verdächtigte Arbeitnehmer entlassen wurde, sodaß die Frage nach einer n a c h w i r k e n d e n Fürsorgepflicht nicht zu stellen ist. Ebenso sollte es vermieden werden, § 242 BGB als Grundlage für den Wiedereinstellungsanspruch genügen zu lassen. Zweifellos entspricht es Treu und Glauben, daß der Arbeitgeber den zu Unrecht verdächtigten Arbeitnehmer wieder einstellt. Die Begründung mit § 242 BGB ist jedoch zu allgemein und vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr bietet die Lehre vom Betriebsrisiko den Ansatzpunkt für den Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers.

---

102) A.a.O., S. 409. Dagegen Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S. 149.

103) Betrieb 1958, S. 870.

104) Gegen Mohnen auch Hueck, a.a.O., S. 143 ff.

2. Eigene Ansicht:

Wiedereinstellung nach Verdachtskündigung entsprechend der Lehre vom Betriebsrisiko.

Die Lehre vom Betriebsrisiko beschäftigt sich mit den Fällen, in denen ohne Verschulden des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers eine Betriebsstörung vorliegt und der Arbeitnehmer infolgedessen keine Arbeit leisten kann, obwohl er zur Arbeit fähig und bereit ist. Hier erhebt sich die Frage, wer das "Betriebsrisiko" zu tragen hat, d.h. ob der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet ist oder ob der Arbeitnehmer auf seinen Lohn verzichten muß. Die grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts vom 6.2.1923 [105] und des Reichsarbeitsgerichts vom 20.6.1928 [106] haben zur Lösung dieser Fälle die sog. Sphärentheorie entwickelt, die mit dem Verschuldensprinzip des BGB (§323) bricht. Nach diesen Entscheidungen hat derjenige den Schaden zu tragen, in dessen Sphäre er entstanden ist. Grundsätzlich wird dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko aufgebürdet, da er den Gewinn aus dem Betriebe zieht und das Unternehmen leitet und organisiert [107]. Wem die Ausbeute des Betriebes zugute kommt, der muß auch für das Risiko einstehen, das mit der Betriebsführung verbunden ist. Die Arbeitnehmer müssen nur in Ausnahmefällen den Lohnausfall tragen, z.B. bei einem Teilstreik im Betrieb. Die Sphärentheorie

---

105) RGZ 106, S. 272.

106) RAG, E 3,S. 116.

107) Jorns, S. 152; Mohnen, Dienstvertrag, § 615 Anm. 66.

ist herrschend geworden [108] und auch das BAG hat sich ihr angeschlossen [109].

Wenn auch die Lehre vom Betriebsrisiko den besonderen Fall der Lohnzahlung bei Betriebsstörungen betrifft, so läßt sich aus ihr doch eine wichtige, allgemeine Erkenntnis gewinnen: Der Arbeitgeber muß die für den Arbeitnehmer nachteiligen Folgen eines von keiner Seite verschuldeten Ereignisses tragen, das in der Sphäre des Arbeitgebers eingetreten ist. Für Schäden, die in der Sphäre des Arbeitnehmers entstanden sind, muß der Arbeitnehmer selbst aufkommen. - Dieser Grundsatz ist auf die Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers anwendbar, der auf den unbegründeten Verdacht einer strafbaren Handlung hin entlassen wurde [110]. Weder den Arbeitnehmer noch den Arbeitgeber trifft ein Verschulden an der Verdächtigung. Sie ist in der Regel durch unglückliche, unabwendbare Umstände eingetreten. Der Verdacht der strafbaren Handlung fällt in die Sphäre des Arbeitnehmers. Wird er einer Straftat verdächtigt, so muß er die fristlose Entlassung in Kauf nehmen. Der Arbeitnehmer muß

---

108) Hueck, Lehrb. I.Bd., S.319; Mohnen, Dienstvertrag, § 615 Anm.49 mit weiteren Nachweisen. Kritisch Gross, AR-Handb. Teil IV, Anm. 237 und Kaskel-Dersch, 5.Aufl.,S.169.

109) BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

110) Das deuten Mohnen, RdA 1957, S.410; Molitor, Anmerkung zu BAG, ARBl. Blattreihe D, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis X, X-Nachwirkung des Arbeitsvertrages, Entscheidung 2 und Diekhoff, Betrieb 1958, S. 870 an.

das Risiko tragen, daß er einer strafbaren Handlung verdächtigt wird [111]. Der Arbeitgeber ist berechtigt, ihn zu entlassen, selbst wenn er in Wahrheit unschuldig ist. Der Verdächtigte kann versuchen, seine Unschuld zu beweisen. Wird der Nachweis seiner Unschuld erbracht, so fällt die Beseitigung der für den Arbeitnehmer nachteiligen Folgen der Entlassung in die Sphäre des Arbeitgebers. Dieser hat die Auswirkungen der Kündigung durch die Wiedereinstellung zu beseitigen. Wenn er das Recht hat, auf den bloßen, wenn auch dringenden Verdacht einer strafbaren Handlung hin eine Kündigung auszusprechen, so muß er auch für das Risiko einstehen, daß der Arbeitnehmer eventuell unschuldig ist. Jeder Verdacht birgt die Möglichkeit der Unschuld des Verdächtigten in sich. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer auf die Gefahr hin kündigen, daß der Arbeitnehmer gar nicht der Täter der strafbaren Handlung ist. Die Kündigung stützt sich auf angebliche Tatsachen, die noch nicht bewiesen sind. Der Möglichkeit, daß der Arbeitnehmer unschuldig ist, muß durch den Wiedereinstellungsanspruch für den Fall seiner Unschuld Rechnung getragen werden. Das objektive Unrecht, das dem Arbeitnehmer im Falle seiner Unschuld durch die Verdachtskündigung geschehen ist, muß durch die Wiedereinstellung wiedergutgemacht werden. Der Arbeitnehmer kann durch seine fristlose Entlassung nicht für eine Straftat büßen, die er gar nicht begangen hat. Mit der Zulässigkeit der Verdachtskündigung ist notwendigerweise der Wiedereinstellungsanspruch für den Fall verknüpft, daß der Verdacht unbegründet sein sollte.[111a]

---

111) Mohnen, RdA 1957, S.410.

111a) Nach Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S.438, ist das gegebene Mittel die Kündigung unter gleichzeitigem Angebot der Wiedereinstellung für den Fall, daß der Verdacht entkräftet wird.

Da der Wiedereinstellungsanspruch das berechtigte Rehabilitierungsinteresse des Arbeitnehmers erfüllen soll [112], ist es unbeachtlich, ob der zu Unrecht Entlassene in der Zwischenzeit einen gleichwertigen oder einen höher bezahlten Arbeitsplatz gefunden hat. Wenn er die Wiedereinstellung begehrt, so muß der frühere Arbeitgeber ihn wieder beschäftigen. Demgegenüber soll nach dem Urteil des BGH vom 13.6.1956 [113] für den Wiedereinstellungsanspruch die Frage von Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer durch die Entlassung in eine Notlage geraten ist oder ob er inzwischen eine andere Verdienstmöglichkeit erlangt hat. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Arbeitnehmer erfährt nur durch die Wiedereinstellung volle Rehabilitierung. Dem Arbeitnehmer, dem die Wiederherstellung seiner Ehre und seines Ansehens wichtiger als eine gut bezahlte Position ist, darf die Rückkehr zum früheren Arbeitgeber nicht verwehrt werden. Der BGH führt jedoch zutreffend aus, daß die Dauer der Beschäftigung beim alten Arbeitgeber für die Entscheidung über das Wiedereinstellungsbegehren zu berücksichtigen ist. Wird der Arbeitnehmer schon nach kurzer Beschäftigungsdauer auf den Verdacht einer strafbaren Handlung hin entlassen, so ist sein Rehabilitierungsinteresse in der Regel nicht so groß, als wenn er bereits seit Jahren im Betrieb beschäftigt wäre. - Dem Arbeitnehmer sind im übrigen bei der Wiedereinstellung alte Rechte und Anwartschaften zurückzugewähren. Er kann verlangen, auf seinem alten oder einem gleichwertigen Arbeitsplatz beschäftigt zu werden.

---

112) S.o. S. - 140 - .

113) AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

Der Wiedereinstellungsanspruch entfällt, wenn dem Arbeitgeber die Wiederaufnahme des Arbeitnehmers nicht zuzumuten ist [114]. An die Zumutbarkeit sollten jedoch strenge Anforderungen gestellt werden. Der Wiedereinstellungsanspruch entfällt insbesondere, wenn der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit sowieso entlassen worden wäre, z.B. wegen Erreichung der Altersgrenze. Auch in diesem Falle aber ist das Rehabilitierungsinteresse des Arbeitnehmers so weit wie möglich zu befriedigen. Daher ist ihm ein Ruhegeld zu gewähren, falls er bei ordnungsgemäßer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein solches erhalten hätte. Die Zeit seit der Entlassung ist ihm für die Ruhegeldbezüge anzurechnen. Der Arbeitgeber braucht den Lohnausfall, den der Arbeitnehmer seit seiner Entlassung erlitten hat, nicht zu tragen. Er fällt in die Sphäre des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat mit der fristlosen Entlassung keine unerlaubte Handlung begangen, die ihn zum Schadensersatz verpflichten würde; denn er war zur fristlosen Kündigung berechtigt.

Der Wiedereinstellungsanspruch nach einer Verdachtskündigung ist ebenso wie der Anspruch auf Wiedereinstellung nach politischer Entlastung und erneuter Eröffnung eines stillgelegten Betriebes ein Ausnahmefall, der nicht zu der Aufstellung eines allgemeinen Satzes verleiten darf, daß der spätere Wegfall eines Kündigungsgrundes die Pflicht zur Wiedereinstellung begründe [115].

---

114) Hueck, Anm. zu dem Urteil des BGH, AP Nr.2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

115) Siehe Hueck, a.a.O.

B. Wiedereinstellung von Saisonarbeitern in der nächsten Saison auf Grund betrieblicher Übung.

I. Problemstellung.

In den sog. Saisonbetrieben wird eine Reihe von Arbeitnehmern nur für einige Monate des Jahres, nämlich während der Saison eingestellt. In der nächsten Saison werden die Saisonarbeiter häufig wiederbeschäftigt. Ihr Arbeitsverhältnis endet jedoch am Schluß jeder Saison und wird nicht nur für die übrigen Monate des Jahres suspendiert [116]. Im folgenden soll untersucht werden, ob aus einer langjährigen Wiedereinstellung ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages in der nächsten Saison erwachsen kann [117]. Zwei Beispiele mögen das Problem veranschaulichen:

- In einem Heringsfischereibetrieb herrscht seit 15 Jahren der Brauch, daß alle Heringspackerinnen der Vorsaison auch ohne ausdrückliche Zusage in der nächsten Saison wiedereingestellt werden, soweit sie die erneute Beschäftigung begehren. Der Arbeitgeber weigert sich ohne

---

116) LAG Kiel, SAE 1951, Nr. 16 mit Anm.Müller.

117) Neben den Saisonbetrieben gibt es die Kampagnebetriebe. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß der Kampagnebetrieb in der übrigen Zeit des Jahres stillgelegt wird, während im Saisonbetrieb das ganze Jahr über gearbeitet wird und in der Saison nur ein erhöhter Bedarf an Arbeitskräften entsteht. Vgl.Schnorr von Carolsfeld,S.31 und Hueck, KSchG-Komm., § 20 Anm.2 u.3. Für die nachfolgende Untersuchung ist dieser Unterschied ohne Bedeutung. Die Erörterungen gelten daher zugleich auch für das Kampagnearbeitsverhältnis.

Angabe von Gründen, im 16. Jahr eine Arbeitnehmerin wiedereinzustellen, die seit 10 Jahren in jeder Saison bei ihm beschäftigt war [118].

- Derselbe Arbeitgeber weigert sich grundlos, eine Arbeitnehmerin, die erst während einer Saison bei ihm beschäftigt war, in der nächsten Saison wiedereinzustellen.

In diesen Fällen erscheint es zweifelhaft, ob das Verhalten des Arbeitgebers zulässig ist. Die Arbeitnehmerinnen haben sich darauf verlassen, wiedereingestellt zu werden und haben es daher versäumt, sich rechtzeitig um einen anderen Arbeitsplatz zu bemühen. - Mit der wiederholten Einstellung kann sich der Arbeitgeber u.U. für die Zukunft gebunden haben.

II. Die anspruchsbegründende Kraft der betrieblichen Übung.

1. Unmittelbare (normative) Wirkung?

Verhält sich der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern während einer längeren Zeit in bestimmter Weise - z.B., indem er ihnen alljährlich ein Weihnachtsgeld gewährt -, so schafft er damit eine betriebliche Übung, die für die Zukunft anspruchsbegründend wirkt.

---

118) Der Fall ist an den dem Urteil des LAG Hannover v. 24.2.1954, AP 1954 Nr. 149 zugrundeliegenden Sachverhalt angelehnt.

Das LAG Bremen [119], Galperin [120], Zeuner [121] und Brecht [122] sehen in der betrieblichen Übung eine zwingende Rechtsnorm, auf die sich der Arbeitnehmer unmittelbar berufen kann. Der Arbeitgeber, der über einen längeren Zeitraum gegenüber der Belegschaft in bestimmter Weise verfährt, soll durch sein dauerndes gleichmäßiges Verhalten eine normative betriebliche Übung schaffen. Auch nach Denecke [123] ist die Betriebsübung eine selbständige, zwingende Rechtsquelle. Das fortwährende gleichmäßige Verhalten des Arbeitgebers lasse Gewohnheitsrecht entstehen [124]. Diese Ansicht, daß die betriebliche Übung wie ein Gesetz, ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung normative Kraft habe, ist zu Recht auf überwiegende Ablehnung gestoßen [125]. Aus einer tatsächlichen Übung allein kann keine Rechtsnorm entstehen. Eine "normative Kraft des Faktischen" [126] kann nicht anerkannt werden [127].

---

119) U.v. 18.4.1951, BB 1951, S.530; Beschl.v. 10.2.1954, BB 1954, S. 193.

120) Bei Galperin-Siebert, § 1 Anm.122 ff. und RdA 1955, S. 263.

121) BB 1957, S.649.

122) BB 1951, S.965 u. 966.

123) DAR 1940, S.143.

124) Dagegen Nipperdey, Lehrb. II.Bd., S.390 Anm.3); Siebert bei Reuss-Siebert, S.113; Herschel, DAR 1941, S.73; Fechner, ZgesStW Bd.102, S.96; BAG AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

125) Hueck, Festschr. f. Lehmann 1956, II.Bd., S. 634 u. 636; Dietz, BetrVG-Komm., § 1 Anm.66; Sieg, RdA 1955, S.441; Maus, AR-Handb., Teil IV Die rechtliche Gestaltung des Einzelarbeitsverhältnisses, B IV.2., Anm.16; Richardi, S.402; BAG, ARBl., Betriebsübung, Entscheidung 1.

126) Brecht, S. 966.

127) Hilger, Das betriebliche Ruhegeld, S.58.

2. Die mittelbare (schuldrechtliche) Wirkung der betrieblichen Übung durch Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse.

Nach der herrschenden Meinung kann die betriebliche Übung über die einzelnen Arbeitsverhältnisse eine bloß schuldrechtliche Wirkung entfalten. Allerdings besteht Streit darüber, in welcher Weise die Betriebsübung auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt.

Nach Auffassung von Fechner [128], Siebert [129] und Nikisch [130] konkretisiert der Arbeitgeber mit der betrieblichen Übung seine Fürsorgepflicht. Durch sein dauerndes gleichartiges Verhalten gibt er nach Meinung dieser Autoren seiner zunächst inhaltlich unbestimmten Fürsorgepflicht einen konkreten Inhalt. Auf Grund seiner a l l g e m e i n e n Fürsorgepflicht ist er zu der Leistung, die er seinen Arbeitnehmern ständig erbringt, nicht verpflichtet. Erst die dauernde Übung erzeugt über die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht eine Bindung für die Zukunft. Die zunächst freiwillige Leistung wird zur Pflicht. Wie Fechner und Nikisch zutreffend bemerken [131], hat bereits das

---

128) ZgesStW Bd.102, S. 93.

129) Bei Reuß-Siebert, S.113 f.; BB 1954, S.658; BB 1955, S.871.

130) Lehrb.I.Bd., S.236 u. 237. Vgl.Auch Herschel, DAR 1941, S.73 und Maus, AR-Handb., Teil IV, Die rechtliche Gestaltung des Einzelarbeitsverhältnisses, B IV.2, Anm.19.

131) Fechner, ZgesStW Bd.102, S. 93; Nikisch, Lehrb.I.Bd., S.233/234.

Reichsarbeitsgericht in seinem Urteil vom 19.1.1938 [132] diese Lösung angedeutet. Aus der Fürsorgepflicht allein könne ein vertraglicher Anspruch auf Ruhegeld nicht erwachsen, so führt das RAG aus. Wenn aber aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers eine konkrete Ordnung entstanden sei, so beeinflusse sie den Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge.

Der Lehre von der Konkretisierung der Fürsorgepflicht ist insofern zuzustimmen, als sich der Arbeitgeber durch die betriebliche Übung gegenüber den Arbeitnehmern für die Zukunft bindet, denen er seit Jahren ständig bestimmte Leistungen erbracht hat. Die betriebliche Übung entfaltet jedoch auch gegenüber n e u in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmern ihre verbindliche Wirkung. Auch diese Arbeitnehmer können sich auf die Betriebsübung berufen [133]. Es ist nun nicht zu erkennen, wie der Arbeitgeber auch diesen neu eingestellten Arbeitnehmern gegenüber seine Fürsorgepflicht dadurch konkretisieren soll, daß er seinen übrigen, also a n d e r e n Arbeitnehmern bestimmte Leistungen gewährt. Die Verbundenheit des Arbeitsverhältnisses mit der Betriebsgemeinschaft ist dafür keine überzeugende Begründung. Beizutreten ist vielmehr der Meinung, die insbes. A.Hueck und das BAG vertreten und nach der die betriebliche

---

132) RAG, ARS 33, S.172 ff. (176) - Leitsatz 3. Vgl. oben S. - 41 -. Das RAG nahm in dieser Entscheidung sowohl zum Gleichbehandlungsgrundsatz als auch zur betrieblichen Übung Stellung. Vgl. auch RAG, ARS 34, S. 180; 37, S. 365; 40, S.215, 356, 363 u.369.

133) Hueck, Lehrb. I.Bd., S.136; BAG, AP Nr.2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

Übung einen auf den Betrieb beschränkten Brauch darstellt, der die Grundlage einer stillschweigenden, den Arbeitsvertrag modifizierenden oder ausfüllenden Vereinbarung bilden kann, der aber a u c h die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisieren kann und der schließlich zur ergänzenden Auslegung des Arbeitsvertrages herangezogen werden kann (§§ 157, 242 BGB) [134]. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der ergänzenden Vertragsauslegung mittels der betrieblichen Übung Grenzen gesetzt sind. Nur soweit der Vertrag Lücken aufweist, kann er durch Auslegung ergänzt werden. Der Vertragsgegenstand kann durch Auslegung nicht erweitert werden [135]. Da die betriebliche Übung dem Arbeitgeber häufig neue Pflichten auferlegt, ist ihre Bedeutung als Auslegungsregel gering [136]. Im Regelfall erlangt sie ihre verbindliche Kraft durch die Konkretisierung der Fürsorgepflicht oder durch stillschweigende Vereinbarung. Zu weit geht G.Hueck, der die Lehre von der konkretisierten

---

134) Hueck, Lehrb. I.Bd., S.32 u.134 ff.; ders., Festschr. f.Lehmann 1956, II.Bd.,S.642 BAG, U.v.13.10.1960; ARBl., Betriebsübung, Entscheidung 1; weniger deutlich BAG, AP Nr.2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung. Vgl. auch Mohnen, Dienstvertrag, Vorbem. 339a vor § 611; Reuß bei Reuß-Siebert, S. 51.

135) Vgl. BGHZ 9, S. 278.

136) Nach Ansicht von Sieg, RdA 1955, S.443 und Dietz, BetrVG-Komm., § 1 Anm. 67 soll die Betriebsübung indessen n u r als Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung dienen. Nach BAG, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebsübung aber geht die Bedeutung der betrieblichen Übung über die einer betrieblichen Verkehrssitte hinaus.

Fürsorgepflicht ablehnt [137] und die Wirkung der Betriebsübung n u r über die stillschweigende Vereinbarung und als Auslegungsquelle anerkennt [138]. Wie festgestellt, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern gegenüber, denen er ständig gewisse Leistungen erbringt, durch die betriebliche Übung seine Fürsorgepflicht konkretisieren. Gegenüber den neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmern aber verpflichtet er sich durch eine stillschweigende Vereinbarung [139]. Indem er sich jedem seiner Arbeitnehmer gegenüber ständig in bestimmter Weise verhält, bringt er damit zum Ausdruck, daß die betriebliche Übung für a l l e , auch für neu eingestellte Belegschaftsmitglieder gelten soll. Er macht den neu eintretenden Arbeitnehmern ein stillschweigendes Angebot, sich im Rahmen des Arbeitsvertrages [140] der gesamten im Betrieb herrschenden Ordnung, die betriebliche Übungen mit umfaßt, zu unterwerfen, und die Arbeitnehmer nehmen durch Eintritt in den Be-

---

137) Götz Hueck, ARBl., Betriebsübung I, I Übersicht, A II.2. c) mit der Begründung, einseitige Bindungen seien dem geltenden Recht im allgemeinen unbekannt. Gegen die Konkretisierung der Fürsorgepflicht durch betriebliche Übung auch Hilger, Das betriebliche Ruhegeld, S.61 f.

138) So auch Richardi, S.403.

139) Das BAG und A.Hueck machen allerdings nicht ausdrücklich diesen Unterschied zwischen den bisherigen Belegschaftsmitgliedern und den neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmern.

140) Die stillschweigende Vereinbarung bildet keine Sonderabrede außerhalb des Arbeitsvertrages, LAG Frankfurt, Betrieb 1953, S. 927 = AP 1954, Nr. 96.

trieb dieses Angebot an [141]. Sie brauchen daher die betriebliche Übung selbst nicht zu kennen. - Will der Arbeitgeber einen neu eingestellten Arbeitnehmer von der Betriebsübung ausschließen, so muß er ihn bei der Einstellung von ihrer Existenz in Kenntnis setzen und mit ihm im Arbeitsvertrag vereinbaren, daß die betriebliche Übung für ihn nicht gilt. Da die Betriebsübung nur schuldrechtliche Wirkung zeigt, kann der Arbeitnehmer auf ihre Vorteile verzichten.

Gegenüber der Ansicht, die betriebliche Übung entfalte ihre Wirkung auf der Grundlage einer stillschweigenden Vereinbarung, wird eingewandt, daß die Auflösung der Betriebsübung in eine Fülle von Einzelangeboten und Annahmeerklärungen unnatürlich sei [142]. Darauf ist zu entgegnen, daß nach der hier vertretenen Auffassung die Mehrheit der Belegschaftsmitglieder gar keine stillschweigende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber trifft. Der Arbeitgeber führt durch ein dauerndes bestimmtes Verhalten gegenüber allen Arbeitnehmern eine betriebliche Übung ein, mit der er seine Fürsorgepflicht konkretisiert. Nur die n e u eintretenden Arbeitnehmer vereinbaren mit dem Arbeitgeber im Arbeitsvertrage stillschweigend, daß diese betriebliche Übung auch auf sie Anwendung finden soll. Die Betriebsübung wird damit nicht in

---

141) Zu den allgemeinen Voraussetzungen der stillschweigenden Vereinbarung vgl. Enneccerus-Nipperdey, II. Halb.Bd.,S.944 ff.

142) Nikisch, Lehrb.I.Bd., S.235; Siebert bei Reuß-Siebert, S.112; Hilger, Das betriebliche Ruhegeld, S. 75; Sieg, RdA 1955, S.443.

eine der Belegschaftsstärke entsprechende Zahl von Vereinbarungen "aufgelöst". Die betriebliche Übung ist eine Einheit [143], die ihre zwingende (schuldrechtliche) Wirkung aber erst durch eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht, durch stillschweigende Vereinbarung oder - ausnahmsweise - durch ergänzende Vertragsauslegung erlangt.

III. Anspruch auf Wiedereinstellung in der nächsten Saison.

Stellt der Inhaber eines Saisonbetriebes über einen Zeitraum von mehreren Jahren in jeder Saison die Arbeitnehmer der Vorsaison vorbehaltlos wieder ein, so schafft er damit eine betriebliche Übung, die ihn zur Wiedereinstellung in der nächsten Saison v e r p f l i c h t e t [144]. Er konkretisiert seine Fürsorge-

143) Auf diese Feststellung legt Hilger, a.a.O., S. 68 ff.(75) besonderen Wert. Sie erblickt im Gegensatz zur herrschenden Ansicht in der betrieblichen Übung eine einseitige, schlüssige "Gesamtzusage" des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft, aus der dem einzelnen Arbeitnehmer schuldrechtliche Ansprüche erwachsen sollen. - Die Belegschaft als solche ist jedoch weder rechts- noch handlungsfähig. Sie kann für die einzelnen Arbeitnehmer keine Willenserklärungen des Arbeitgebers entgegennehmen. Gegen Hilger auch Richardi, S.402.

144) Ein Wiedereinstellungsanspruch der Saisonarbeiter auf Grund betrieblicher Übung ist anerkannt worden vom LAG Kiel, U.v.11.10. 1950, AP 1952, Nr.41 und U.v. 16.10.1950, ARSt V, Nr.881 sowie vom ArbGer. Mosbach, U.v.27.5.1953, ARSt XI, Nr.134. Dafür auch Schmaltz, S.308 und Molitor, ARBl., Blattreihe D, Saisonarbeit II, II Wiedereinstellungsanspruch, C IV. Dagegen LAG Hannover, U.v. 24.2.1954, AP 1954, Nr. 149.

pflicht gegenüber den Arbeitnehmern, die er jahrelang vorbehaltlos wiedereingestellt hat. Die erstmalig bei ihm beschäftigten Saisonarbeiter können ebenfalls in der nächsten Saison die Wiedereinstellung verlangen, es sei denn, der Arbeitgeber macht ihnen gegenüber den ausdrücklichen Vorbehalt, sie würden nur für eine Saison beschäftigt. Der Arbeitgeber, der durch die laufende Wiedereinstellung aller Saisonarbeiter eine betriebliche Übung geschaffen hat, bringt dadurch zum Ausdruck, daß er niemanden von dieser Regelung ausnehmen will.

Durch die wiederholten Einstellungen seiner Saisonarbeiter läßt der Arbeitgeber erkennen, daß er auch in Zukunft nicht anders handeln werde. Der Arbeitnehmer, der jahrelang in jeder Saison wiedereingestellt wird, darf darauf vertrauen, daß der Arbeitgeber von seiner Übung nicht ohne sachliche Gründe abweicht [146]. Er hat einen Anspruch auf Wieder-

---

145/146) Das Vertrauen, das der Arbeitnehmer in die Fortgeltung der betrieblichen Übung setzt, verdient nach BAG, AP Nr.2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, rechtlichen Schutz.

einstellung.
In den unter I. angeführten Beispielen muß der Arbeitgeber die beiden Arbeitnehmerinnen wiedereinstellen. Im ersten Falle hat die betriebliche Übung durch Konkretisierung der Fürsorgepflicht ihre verbindliche Wirkung erlangt [147], im zweiten Falle ist sie durch stillschweigende Vereinbarung wirksam geworden [148].

Die betriebliche Übung gilt nur unter dem Vorbehalt fort, daß die innerbetrieblichen Verhältnisse, die Arbeitskraft der Saisonarbeiter und die persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien unverändert bleiben. Muß der Arbeitgeber z.B. seinen Betrieb in der nächsten Saison einschränken, ist ein Arbeitnehmer nicht mehr voll arbeitsfähig oder hat er den Arbeitgeber bestohlen, so entfällt der Anspruch auf Wiedereinstellung für alle bzw. für den oder die betreffenden Arbeitnehmer. Die Wiedereinstellung muß dem Arbeitgeber zumutbar sein. Sachliche Gründe können es rechtfertigen, daß er gegenüber allen oder einzelnen Arbeitnehmern von der betrieblichen Übung abweicht [149].

---

147) Wäre die Arbeitnehmerin als e i n z i g e zehn Jahre lang wiedereingestellt worden, so hätte sie keinen Anspruch auf Wiedereinstellung in der nächsten Saison. Eine betriebliche Übung kann nur für den ganzen Betrieb bestehen, nicht aber für einen einzelnen Arbeitnehmer. In solchem Falle wäre aber ein starkes Indiz für einen stillschweigenden Vertrag zur Wiedereinstellung gegeben.

148) Für den Wiedereinstellungsanspruch der beiden Arbeitnehmerinnen ist es unerheblich, ob auch andere Saisonarbeiterinnen wiedereingestellt werden. Auch wenn sie als einzige die Wiedereinstellung begehren und die anderen Arbeiterinnen sich nicht zurückmelden, besteht ihr Anspruch.

149) ArbGer. Mosbach ARSt XI, Nr.134.

Dem Wiedereinstellungsanspruch auf Grund betrieblicher Übung steht keine Pflicht des Arbeitnehmers gegenüber, in der nächsten Saison zu seinem alten Arbeitgeber zurückzukehren. Wenn sich ein Saisonarbeiter jahrelang in jeder Saison bei demselben Arbeitgeber zur Wiederaufnahme der Arbeit zurückmeldet, so konkretisiert er damit nicht seine Treupflicht und trifft mit dem Arbeitgeber auch keine stillschweigende Vereinbarung, in der er sich zur Rückkehr in der nächsten Saison verpflichtet. Zwischen den arbeitsvertraglichen Bindungen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers besteht eine wesensmäßige Ungleichheit, die z.B. das Kündigungsschutzgesetz verdeutlicht. Während dem Arbeitnehmer im KSchG keine Kündigungsbeschränkungen auferlegt sind, darf der Arbeitgeber ihn nur entlassen, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Der Arbeitnehmer kann sich leichter als sein Vertragspartner von der arbeitsvertraglichen Bindung lösen. Er braucht nur die Kündigungsfristen einzuhalten. Das Kündigungsrecht hat diese unterschiedliche Regelung geschaffen, weil das Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer die Existenzgrundlage darstellt. Für den Arbeitgeber ist das einzelne Arbeitsverhältnis in der Regel von viel geringerer Bedeutung, da seine Existenzgrundlage nicht das Arbeitsverhältnis, sondern das Unternehmen ist. Die unterschiedliche Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für die Vertragspartner muß auch beim Saisonarbeitsverhältnis durch die stärkere Bindung des Arbeitgebers ihren Ausdruck finden. Das Arbeitsverhältnis ist für den Saisonarbeiter wertvoller und wichtiger als

für den Arbeitgeber, für den die arbeitsvertragliche Bindung mit dem einzelnen Arbeitnehmer nur eine von vielen ist. Zudem verläßt sich der Saisonarbeiter bei Bestehen einer betrieblichen Übung darauf, wiedereingestellt zu werden. Der Arbeitgeber hingegen rechnet nicht damit, daß alle Arbeitnehmer der Vorsaison auch im nächsten Jahr wieder zu ihm zurückkehren werden. Er gerät auch nicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten, wenn einzelne Arbeitnehmer in der folgenden Saison der Arbeit fernbleiben. Umgekehrt aber kann der Saisonarbeiter in wirtschaftliche Not geraten, wenn er darauf vertraut hat, wiedereingestellt zu werden und es daher versäumt hat, sich rechtzeitig einen anderen Arbeitsplatz zu suchen.

c. Wiedereinstellung auf Grund des Gleichbehandlungsgebots (Wiedereinstellung nach Arbeitskämpfen).

1. Der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955 und die verschiedenen Auffassungen vor und nach dieser Entscheidung.

Wird nach einem Streik oder einer Aussperrung keine Wiedereinstellungsklausel im Tarifvertrag vereinbart [150], so ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet, die kampfweise ge-

---

150) Zur Wiedereinstellungsklausel s.u. S. - 181 - ff.

lösten Arbeitsverhältnisse wieder anzuknüpfen [151]. Wenn er aber die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer wieder in seinen Betrieb aufnimmt und nur einige wenige oder einen einzelnen Arbeitnehmer von der Wiedereinstellung willkürlich ausschließt, so kann sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung eine andere Beurteilung ergeben. Unter Umständen ist der Arbeitgeber verpflichtet, auch die grundlos abgewiesenen Arbeitnehmer wiedereinzustellen.

In dem grundlegenden Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. Januar 1955 [152] hat sich das BAG gegen eine direkte Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Wiedereinstellung nach Arbeitskämpfen ausgesprochen. Der Beschluß erkennt jedoch mittelbar - wenn auch nicht ausdrücklich - die Geltung dieses Prinzips nach Streik und Aussperrung an.

Der Beschluß ist zunächst der bis dahin herrschenden Auffassung entgegengetreten, daß der rechtmäßige Streik einen Bruch des Einzelarbeitsvertrages bedeute. Die kollektivrechtlich rechtmäßige Arbeitsniederlegung - so führt das BAG aus - könne nicht individualrechtlich rechtswidrig sein. Der Streik sei ein einheitliches Geschehen, dessen rechtliche Bewertung einheitlich erfolgen müsse. Der Arbeitgeber sei daher nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt. Er habe jedoch die Möglichkeit, als Gegenmaßnahme die bis dahin nur suspendierten Arbeitsverhält-

---

151) BAG, E 1, S. 313; Nikisch, Lehrb. II. Bd., S. 174.

152) BAG, E 1, S. 291 ff.

nisse der Streikenden im Wege der Abwehraussperrung insgesamt fristlos zu lösen [153]. Damit sind die Streikenden wie nach einer Kündigung wirksam und endgültig aus dem Betrieb ausgeschieden.- Zu Unrecht ist gegen die Ansicht des BAG eingewandt worden, daß die Abwehraussperrung als Kollektivakt die Arbeitsverhältnisse der Streikenden nicht lösen, sondern nur suspendieren könne [154]. Im Arbeitskampf herrscht Waffengleichheit. Dem Arbeitgeber muß ein dem Streik gleichwertiges Kampfmittel zur Verfügung stehen. Eine Aussperrung mit bloß suspendierender Wirkung wäre nach Streikbeginn sinnlos. Zudem kann den Arbeitnehmern nicht das Risiko abgenommen werden, bei einem Streik ihre Arbeitsplätze zu verlieren [155].- Ist man allerdings der Auffassung, daß die Arbeitsverhältnisse im Arbeitskampf nur suspendiert, nicht aber gelöst werden können, so tritt das Problem der gleichmäßigen Wiedereinstellung nach Streik nicht auf. Diese Meinung hat Bulla mit seiner Suspendierungstheorie schon vor dem Beschluß des Großen Senats vertreten [156]. Sie ist zu Recht vom BAG abgelehnt worden [157].

---

153) BAG, a.a.O., S. 313.

154) Frey, ArbuR 1955, S.233; Hoeniger, S.705; Nikisch, JZ 1955, S.443; Hessel, Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht, S. 39/40. Vgl. auch Bertele, S.100.

155) BAG, a.a.O., S.311.

156) Festschr. f. Nipperdey, S.187. Vgl. auch Dietz, BetrVG-Komm., § 60 Anm. 9a und Brant, S. 315.

157) BAG, a.a.O., S.314.

Sperrt der Arbeitgeber die Streikenden aus, so kann nur eine echte Wiedereinstellung und kein Wiederaufleben der Arbeitsverhältnisse nach Ende des Arbeitskampfes zur Diskussion stehen.

Die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer steht nach Ansicht des BAG im Ermessen des Arbeitgebers. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht anwendbar, da er das Vorhandensein eines rechtlichen Bandes und eines mehrere Personen umfassenden Gemeinschaftsverhältnisses erfordere [158]. Dieser Auffassung ist beizutreten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann auf die Wiedereinstellung nach Streik keine unmittelbare Anwendung finden, da er nur innerhalb der Betriebsgemeinschaft Geltung hat [159]. Nach der fristlosen Lösung der Arbeitsverhältnisse aber wird die Betriebsgemeinschaft, die durch das Band der einzelnen Arbeitsverträge zusammengehalten wird, zwischen Arbeitgeber und Streikenden aufgehoben. Zwar weisen Nikisch und Franke mit Recht darauf hin, daß die streikenden Belegschaftsmitglieder auch nach der Entlassung noch ein geschlossenes, durch das Verhältnis zum bestreikten Betrieb zusammengehaltenes Kollektiv bilden [160]. Daraus aber zu folgern, daß diese Gemeinschaft die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Wiedereinstellung rechtfertige, wie es Nikisch und Franke tun, erscheint nicht zwingend. Die Beziehungen des Kollektivs der streikenden Arbeitnehmer

158) BAG a.a.O., S.314/315.

159) S.o. S. - 46 -.

160) Nikisch, Lehrb. I. Bd., S. 435; Franke, S. 490.

zum Betrieb, die rein tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur sind, bilden keine überzeugende Grundlage für die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Zutreffend hat sich das BAG gegen die Meinung von Nikisch und Franke gewandt [161], die Nikisch in einer Anmerkung zu dem Urteil aufrechterhalten hat [162].

Noch vor der Entscheidung des BAG hat das LAG Frankfurt in einem Urteil vom 29.2.1952 [163] die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Wiedereinstellung nach Streik aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bejaht [164]. Der Anspruch auf Gleichbehandlung sei ein Ausfluß der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und es sei anerkanntes Recht, daß die Fürsorgepflicht nachwirke. Dagegen ist eingewandt worden, daß der Arbeitnehmer mit der Arbeitsniederlegung seine Treupflicht verletze und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers daher mit Streikbeginn ende [165]. Das Urteil des BAG hat klargestellt, daß ein Streik keinen Einzel-

---

161) A.a.O., S. 315. Dagegen auch Kunkel, BArbBl. 1953, S.70 und Stoll BArbBl. 1953, S. 71 (gegen Franke).

162) SAE 1956, S. 11.

163) BB 1952, S. 375.

164) Dem Urteil im Ergebnis zustimmend Franke, S. 489.

165) Kunkel, BArBBl. 1953, S. 70 Vgl. auch Honecker, S. 927 und Kunkel in Betrieb 1953, S. 693. Gegen das Urteil auch Nikisch, BB 1952, S. 723; Bötticher, RdA 1953, S. 168; Stoll, BArbBl. 1953, S.71 und Leciejewski, S. 33 Anm. 2) und S.34.

arbeitsvertragsbruch bedeutet. Der Arbeitnehmer verletzt somit seine Treupflicht nicht. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann folglich auch nach einem Streik durchaus Nachwirkungen zeigen.

Daher ist Frey in einer Anmerkung zu dem Beschluß des Großen Senats für eine Wiedereinstellung nach Streik auf Grund nachwirkender Fürsorgepflicht eingetreten [166]. Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann indessen nicht auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gestützt werden. Dieses Prinzip ist ein Wesensmerkmal der Betriebsgemeinschaft, in der es eine Schutzfunktion zu erfüllen hat [167].

Franke hat die Ansicht des LAG Frankfurt modifiziert und die Gleichbehandlungspflicht mit einem Wiederaufleben der Fürsorgepflicht zu rechtfertigen versucht. [168]. Wenn der Arbeitgeber die Mehrheit der Streikenden wiedereinstelle, so bringe er damit zum Ausdruck, daß er ihnen die Arbeitsniederlegung verzeihe. Die Verzeihung sei ein unteilbarer Akt, der gegenüber allen Arbeitnehmern gelte [169]. Mit der Wiedereinstel-

166) Frey, ArbuR 1955, S.235/236.
167) S.o. S. -45-.
168) BArbBl. 1952, S.491.
169) Dagegen Stoll, BArbBl. 1953, S.72.

lung der Mehrzahl der Streikenden lebe seine Fürsorgepflicht a l l e n Arbeitnehmern gegenüber wieder auf. Das Gleichbehandlungsgebot als Ausfluß der Fürsorgepflicht gelte daher auch für die Wiedereinstellung nach Streik. Auch diese Konstruktion ist abzulehnen, da die Betriebsgemeinschaft mit den Streikenden durch ihre fristlose Entlassung gelöst ist. Außerdem kann der Arbeitgeber den Streikenden seit dem Urteil des BAG gar nichts verzeihen, solange der Streik rechtmäßig war.

Vor dem Beschluß des Großen Senats sind noch weitere Versuche unternommen worden, die Gleichbehandlungspflicht auf die Wiedereinstellung nach Streik auszudehnen. Reuter [170] hat den Gleichbehandlungsgrundsatz als Schutzvorschrift i.S. des § 823 Abs.II BGB aufgefaßt. Der Arbeitgeber, der bei der Wiedereinstellung gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße, mache sich schadensersatzpflichtig. Im Wege der Naturalrestitution könne der Geschädigte die Wiedereinstellung verlangen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Selbst wenn man das Gleichbehandlungsgebot in den Kreis der Schutzgesetze des § 823 Abs.II BGB einbeziehen wollte, würde seine Anwendung auf die Wiedereinstellung doch auch hier daran scheitern, daß es nur innerhalb der Betriebsgemeinschaft gilt. Der Arbeitgeber kann gar nicht gegen ein "Schutzgesetz" verstoßen, wenn er einen Streikenden willkürlich von der allgemeinen Wiedereinstellung ausnimmt. - Frey, der die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausschließlich aus dem überpositi-

---

170) ArbuR 1954, S. 291.

ven Gleichheitsprinzip herleitet [171], hat eine Gleichbehandlungspflicht nach Streik bejaht [172], weil nach seiner Auffassung auch außerhalb der Betriebsgemeinschaft, d.h. im gesamten Arbeitsrecht das Gleichbehandlungsgebot zu beachten ist [173]. Zu Recht ist A.Hueck dieser ins Uferlose führenden Auffassung entgegengetreten [174]. Der Gleichbehandlungsgrundsatz entspringt dem Wesen der von der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beherrschten Betriebsgemeinschaft und hat nur hier bindende Kraft [175].

Arras verneint grundsätzlich eine Gleichbehandlungspflicht bei der Wiedereinstellung nach Streik und will den Arbeitgeber nur im Ausnahmefall über § 826 BGB zu einer Gleichbehandlung verpflichten [176]. Die Anwendbarkeit des § 826 ist in der Tat denkbar. Wenn der Arbeitgeber in sittenwidriger Weise vorsätzlich einen Arbeitnehmer von der allgemeinen Wiedereinstellung ausschließt, um ihm damit einen Schaden zuzufügen, muß er auch diesen ungleich behandelten Arbeitnehmer wiedereinstellen. Hier ist aber § 826 BGB die An-

---

171) Frey, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, S.6 ff (15).

172) A.a.O., S. 38.

173) Seit dem Beschluß des Großen Senats tritt Frey für eine gleichmäßige Wiedereinstellung auf Grund nachwirkender Fürsorgepflicht ein, s.o. S. - 169 -, soweit die Abwehraussperrung das Arbeitsverhältnis überhaupt lösen könne. Für eine Gleichbehandlungspflicht auch Endemann, ArbuR 1955, S. 14.

174) RdA 1954, S. 397.

175) S.o. S. - 44 - ff.

176) NJW 1953, S. 243.

spruchsgrundlage und die Ungleichbehandlung wird nur zur Feststellung der Sittenwidrigkeit herangezogen. Fälle dieser Art werden indessen selten sein. Vorstellbar ist z.B., daß der Arbeitgeber die Wiedereinstellung einer Arbeiterin ablehnt, der er sich erfolglos zu nähern suchte.

In Übereinstimmung mit dem BAG wird die direkte Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Wiedereinstellung nach Streik vor der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt [177]. Auf einem Umwege kommt das BAG in dem Beschluß des Großen Senats aber doch zu einer Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers [178]. Ansatzpunkt ist für das BAG die Abwehraussperrung. Der Arbeitgeber wolle mit der Abwehraussperrung ein Kampfziel erreichen und beabsichtige, die Arbeitnehmer nach Erreichung dieses Zieles wiedereinzustellen. Diese Absicht brauche er nicht ausdrücklich zu erklären; sie

---

177) Zumeist mit dem Argument, die Fürsorgepflicht, auf die sich der Gleichbehandlungsgrundsatz stütze, ende mit der kampfweisen Lösung der Arbeitsverhältnisse. Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S.139; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm. 40; Honecker, S.926; Kunkel, Betrieb 1953, S.693; Molitor, BB 1955, S. 454; Gumpert, S.711; Bötticher, RdA 1953, S.168/169; Kunkel BArbBl. 1953, S.70; Stoll, BArbBl. 1953, S. 72; Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 63; LAG Hannover, BB 1952, S.197, zustimmend Dietz, BB 1952, S.295; AP 1953, Nr. 156; LAG Hamm, BB 1953, S.59. So auch noch Nikisch in BB 1952, S. 723.

178) BAG, a.a.O., S.316/317. Darauf hat Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S. 140 hingewiesen.

verstehe sich von selbst. Mit der Aussperrung fordere er die Arbeitnehmer stillschweigend auf, ihm, dem Arbeitgeber, nach Kampfende Anträge zur Erneuerung der Arbeitsverträge zu machen. Diese Aufforderungen seien nach Treu und Glauben auszulegen. Der Arbeitgeber sage der Gruppe der ausgesperrten Arbeitnehmer zu, sein Ermessen hinsichtlich der Annahme oder Nichtannahme der Offerten nicht offensichtlich mißbräuchlich auszuüben [179]. Unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 51 BetrVG dürfe er einzelne Arbeitnehmer nicht willkürlich von der Wiedereinstellung ausschließen. Die Ablehnung der Wiedereinstellung sei mißbräuchlich, wenn sie den "Stempel der Unsachlichkeit und Willkür auf der Stirn trage". Nach Ansicht des BAG soll also der Arbeitgeber den Streikenden bei der Abwehraussperrung zusagen, den G l e i c h b e h a n d l u n g s g r u n d s a t z bei der Wiedereinstellung anzuwenden.

2. Eigene Ansicht.

Die Ausführungen des BAG sind teilweise zu billigen. Der Arbeitgeber hat bei der Abwehraussperrung selbstverständlich die Absicht, "seine" Arbeitnehmer nach Kampfende wieder einzustellen. Diese Absicht kann rechtlich nicht unbeachtet bleiben. Das BAG hat ihr zutreffend durch die Annahme einer stillschweigenden Aufforderung

---

179) Dagegen Nikisch, Lehrb. II. Bd., S. 175, der die Ansicht des BAG als künstliche Konstruktion bezeichnet.

des Arbeitgebers zur Abgabe von Offerten Rechnung getragen und der Lösung des Problems damit die Richtung gewiesen. In seinen weiteren Folgerungen ist dem BAG allerdings nicht beizutreten. Es erscheint sehr konstruiert, daß der Arbeitgeber den ausgesperrten Arbeitnehmern stillschweigend zusagen soll, bei der Wiedereinstellung den Gleichbehandlungsgrundsatz anzuwenden. Eine derartige Zusage wird durch die Absicht, die ausgesperrten Arbeitnehmer später wieder einzustellen, nicht mehr gedeckt. Außerdem könnte sich der Arbeitgeber mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, den Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Wiedereinstellung nicht zu beachten, der Gleichbehandlungspflicht entziehen.

Dennoch trifft den Arbeitgeber eine Gleichbehandlungspflicht. Die Konstruktion einer dahingehenden Zusage ist gar nicht erforderlich. Die Streikenden sind bei der Erklärung der Abwehraussperrung noch Arbeitnehmer des bestreikten Arbeitgebers. Ihre Arbeitsverhältnisse sind durch den Streik nur suspendiert[180]. Der Arbeitgeber ist ihnen gegenüber noch an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Seine Aufforderung an die Streikenden, ihm nach Kampfende Offerten zum Neuabschluß der Arbeitsverträge zu machen, enthält notwendigerweise die Verpflichtung mit, diese Offerten unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu prüfen, denn er muß bei jeder die Gesamtheit seiner Arbeitnehmer betreffenden Entscheidung den Gleich-

---

180) BAG, a.a.O., S. 305.

behandlungsgrundsatz wahren. Deshalb ist auch ein ausdrücklicher Vorbehalt bei der Abwehraussperrung, den Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Wiedereinstellung nicht anzuwenden, unbeachtlich.

Der Arbeitgeber kann die Wiedereinstellung aller Arbeitnehmer ablehnen. Er kann auch aus sachlichen Gründen - z.B. wegen Betriebseinschränkung als Folge des Streiks - nur einen Teil der Arbeitnehmer wiedereinstellen. Wenn er aber die Mehrheit der Streikenden wieder in seinen Betrieb aufnimmt, so darf er nicht einzelne Arbeitnehmer willkürlich von der Wiedereinstellung ausschließen. Nur wenn sachliche Gründe vorliegen, darf er das Angebot einzelner Arbeitnehmer zum Neuabschluß der Arbeitsverträge ablehnen. Diese Gründe müssen jedoch im Zusammenhang mit dem Streik stehen - soweit es sich nicht um Gründe handelt, die ihn zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers berechtigt hätten, wie z.B. eine während des Streiks aufgetretene unheilbare Krankheit des Arbeitnehmers, die ihn dauernd arbeitsunfähig macht. Der Arbeitgeber kann sich z.B. trotz allgemeiner Wiedereinstellung weigern, einen einzelnen Arbeitnehmer wiederaufzunehmen, der während des Streiks Betriebsanlagen zerstört hat oder der Arbeitswillige bedroht hat. Ein solcher Arbeitnehmer kann keine Gleichbehandlung verlangen, da es am vergleichbaren Tatbestand fehlt und dem Arbeitgeber die Wiedereinstel-

lung nicht zuzumuten ist.[181]

3. Einzelfragen.

Der Arbeitgeber darf den Streik nicht zum Anlaß nehmen, sich mißliebiger Arbeitnehmer durch die Abwehraussperrung endgültig zu entledigen. Darauf hat Nikisch zutreffend hingewiesen[182]. Nach seiner Ansicht ist die Formel des BAG, nach der die Ablehnung der Wiedereinstellung offensichtlich mißbräuchlich sein und "den Stempel der Unsachlichkeit und Willkür auf der Stirn tragen" muß, aus diesem Grunde zu eng. Folge man der Auffassung des BAG, so könne der Arbeitgeber die Aussperrung benutzen, um einzelne Arbeitnehmer aus dem Betriebe zu entfernen. Das zeige das Urteil des

---

181) Die hier vorgeschlagene "mittelbare" Anwendung des Gleichbehandlungssatzes bei der Wiedereinstellung bleibt auf den Fall des Arbeitskampfes beschränkt. Die Ansicht ist nicht zugunsten der nach Betriebsstilllegung entlassenen Arbeitnehmer und der Saisonarbeiter auszudehnen. In jeden Fällen handelt es sich um Einzelkündigungen. Nur die kollektive Abwehraussperrung enthält die Pflicht zur gleichmäßigen Berücksichtigung der Angebote auf Wiederabschluß eines Arbeitsvertrages nach Kampfende. - Ablehnend hinsichtlich der Saisonarbeiter auch LAG Hannover, AP 1954, Nr. 149; Hueck, Lehrb. I. Bd., S. 393; Wilhelm Weber, § 242, A 984; Molitor, ARBl., Blattreihe D, Saisonarbeit II, II Wiedereinstellungsanspruch, Bestandsschutz...., C III. A.A. Frey, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht, S. 37 Anm. 95).

182) Nikisch, RdA 1956, S. 326.

LAG Hamburg vom 29.2.1956 [183]. In diesem Urteil ist eine Wiedereinstellung nach Streik auf der Grundlage des Gleichbehandlungsgebots abgelehnt worden, da dem Arbeitgeber nach Ansicht des Gerichts nicht nachgewiesen werden konnte, daß er sein Ermessen bei der allgemeinen Wiedereinstellung offensichtlich mißbräuchlich ausübte. In der Tat kann den Ausführungen in dem Urteil nicht gefolgt werden. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: In einem Betrieb streikte die Belegschaft tarifwidrig und ohne Zustimmung der Gewerkschaft. Daraufhin wurden alle Arbeitnehmer im Wege der A b w e h r a u s s p e r r u n g fristlos entlassen. Unter ihnen befand sich ein älterer Arbeiter, der bereits 5 Jahre im Betrieb beschäftigt war und der vor Streikbeginn erkrankt war, so daß er am Streik nicht teilnehmen konnte. Nach Ende des Streiks wurden alle ehemaligen Betriebsangehörigen bis auf den erkrankten Arbeitnehmer wiedereingestellt. Der betroffene Arbeiter klagte auf Wiedereinstellung. Das LAG wies die Klage ab, weil die Beklagte beweisen konnte, daß der Kläger in seinen Leistungen "betont langsam und daher unbefriedigend" gewesen war und "durch müßige Redensarten die Betriebsatmosphäre in nicht günstiger Weise beeinflußt" hatte. Aus diesem Grunde lag nach Ansicht des LAG kein Ermessensmißbrauch bei der Ablehnung der Wiedereinstellung vor. Dem ist entgegenzutreten. Das Gericht hätte einen Wiedereinstellungsanspruch des Klägers anerkennen müssen, da die Gründe, die die Be-

183) BB 1956, S. 369.

klagte für die Nichtwiedereinstellung anführte, sie nicht zu einer fristlosen Kündigung des Arbeitnehmers berechtigt hätten. Vielmehr hat die Beklagte mit der Angabe der Ablehnungsgründe bewiesen, daß für sie sachwidrige Gründe ausschlaggebend waren. Sie h a t also ihr Ermessen offensichtlich mißbräuchlich ausgeübt. Das Urteil des LAG wird daher durch den Beschluß des Großen Senats nicht gedeckt und der Einwand von Nikisch, die Formel des BAG sei zu eng, ist nicht berechtigt. Das BAG wollte in das Willkürverbot offensichtlich gerade jene Fälle einbeziehen, in denen der Arbeitgeber streikfremde Gründe für die Ablehnung der Einstellung vorbringt; denn gerade sie tragen den Stempel der Unsachlichkeit und Willkür auf der Stirn.

Gegen den Begriff des Ermessensmißbrauchs hat sich auch Fechner gewandt [184], der statt dessen die Sozialstaatsnorm als Maßstab dafür heranziehen will, ob die Ablehnung der Wiedereinstellung zulässig ist. Da sich eine Anwendung der Sozialstaatsklausel als Anspruchsgrundlage unter Privaten verbietet [185], ist dieser Weg nicht gangbar. Die Ansicht Fechners läuft letztlich darauf hinaus, daß der Arbeitgeber auf Grund des Prinzips vom sozialen Staat zur Wiedereinstellung verpflichtet sein soll.

Zu beachten ist, daß sich der Beschluß des

---

184) RdA 1955, S.166.

185) Reuss, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.17. Anders noch in Sozialstaatsprinzip, S.24/25, 26, 29, 30.

Großen Senats nur auf den rechtmäßigen Arbeitskampf bezieht. Bei rechtswidrigem Streik kann der Arbeitgeber auch weiterhin gegenüber den Streikenden eine fristlose Kündigung aussprechen und ist dann bei der Wiedereinstellung in keiner Weise an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden [186].

Der Arbeitgeber, der nach einer Abwehraussperrung bis auf einige wenige alle Arbeitnehmer unter Anerkennung früherer Rechte und Anwartschaften auf ihren alten Arbeitsplätzen wiedereinstellt, hat den willkürlich übergangenen Arbeitnehmern, die er auf Grund des Gleichbehandlungsgebots wiedereinstellen muß, das Gleiche zu gewähren. Die Pflicht zur Gleichbehandlung bezieht sich nicht nur auf den Abschluß, sondern auch auf den Inhalt des Arbeitsvertrages. - Ist der Arbeitsgeber zur Wiedereinstellung verpflichtet, so trifft ihn ein Kontrahierungszwang. Er muß das Angebot des willkürlich übergangenen Arbeitnehmers auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zu den gleichen Bedingungen, wie sie den übrigen Streikenden gewährt wurden, annehmen.

---

186) Anders in dem vom LAG Hamburg entschiedenen Fall, s.o.S. - 177 -. Dort handelte es sich zwar auch um einen rechtswidrigen Streik, jedoch war der Kläger nicht an ihm beteiligt. Außerdem hatte die Beklagte nach Ansicht des LAG den Streikenden nicht fristlos gekündigt, sondern eine Abwehraussperrung vorgenommen.

D. Wiedereinstellung nach unerlaubter Handlung des Arbeitgebers (§ 826 BGB).

Eine Wiedereinstellungspflicht des Arbeitgebers kann sich schließlich aus einer sittenwidrigen, vorsätzlichen Schädigung des Arbeitnehmers ergeben [187]. Ist ein Arbeitnehmer, sei es durch eine Einzelkündigung, sei es durch eine Aussperrung, wirksam entlassen worden und verstößt die Ablehnung der Wiedereinstellung gegen § 826, so kann er auf Wiedereinstellung klagen. Es ist z.B. denkbar, daß die Ablehnung der Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers sittenwidrig ist, wenn nach einem Streik [188] die gleichzeitig mit ihm entlassenen Arbeitskollegen sämtlich wieder eingestellt werden.

---

187) Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S. 138/139.

188) S.o. S. - 172 -.

Dritter Abschnitt.

Wiedereinstellungspflicht auf Grund kollektiver Vereinbarungen.

A. Die tarifvertraglichen Wiedereinstellungsklauseln.

Arbeitskämpfe enden in der Regel mit dem Abschluß eines Tarifvertrages, in dem grundsätzlich die Wiedereinstellung der kampfweise entlassenen Arbeitnehmer vereinbart wird. Solche Wiedereinstellungsklauseln, die die Wiederaufnahme der entlassenen Arbeitnehmer in die bestreikten Betriebe vorschreiben, werden als Friedensklauseln bezeichnet. Sie haben als Abschlußnormen nach §§ 1 Abs. I, 4 Abs I TVG [189] zwingende Kraft. Im Gegensatz zu den tariflichen Abschlußgeboten, die sich auf N e u einstellungen beziehen[190], werden schuldrechtliche Wiedereinstellungsgebote [191] nur selten in einen Tarifvertrag aufgenommen. - Auf Grund der Abschlußnorm können die begünstigten Arbeitnehmer von den verpflichteten Arbeitgebern unmittelbar die Wiedereinstellung verlangen. Sie müssen aber ihrerseits in den Betrieb zurückkehren. Dem

---

189) Zur Rechtslage vor Erlaß des TVG, s.o. S.- 82 -. und Leciejewski, S. 84 ff.

190) S.o. S. - 83 - ff.

191) Zu dem Unterschied s.o. S. - 83 - und - 84 - sowie Kunkel, ARBl., Arbeitskampf V, E I, E II.

Recht auf Wiedereinstellung steht die Pflicht zur Wiederaufnahme der Arbeit gegenüber [192]. Die Wiedereinstellungsklauseln begründen daher sowohl für die bestreikten Arbeitgeber als auch für die beteiligten Arbeitnehmer einen Kontrahierungszwang.

Die Friedensklauseln können z.B. folgenden Wortlaut [193] haben:

- Die Arbeiter werden bis zum 1. Oktober dieses Jahres wiedereingestellt.

- Die Arbeitsverhältnisse gelten als nicht unterbrochen.

- Die Arbeit wird unverzüglich wiederaufgenommen.

Der Anspruch auf Wiedereinstellung hat zur ungeschriebenen Voraussetzung, daß der Arbeitgeber seinen Betrieb nach Kampfende fortführt [194]. Gibt er sein Unternehmen wegen streikbedingter wirtschaftlicher Schwierigkeiten oder aus anderen, z.B. familiären Gründen auf, so können die Arbeitnehmer keine Wiedereinstellung verlangen, da die Friedensklausel dem Arbeitgeber keinen Zwang zur Fortführung seines Betriebes auferlegt.

---

192) Nikisch, Lehrb. II. Bd., S.177; Leciejewski, S. 89; Kunkel, a.a.O., E II 2 b) aa und G. A.A.Erdel, S.1845.

193) Vgl. Rogge, S. 39; Leciejewski, S. 79 ff.

194) Erdel, a.a.O.

Die Wiedereinstellungsklausel verpflichtet den Arbeitgeber grundsätzlich - wenn nichts anderes vereinbart ist - zur Wiedereinstellung aller im Arbeitskampf entlassenen Arbeitnehmer. Ist ihm jedoch die Wiedereinstellung unzumutbar, so kann ausnahmsweise der Wiedereinstellungsanspruch einzelner Arbeitnehmer entfallen. Das gilt selbst wenn der Tarifvertrag keinen entsprechenden Vorbehalt enthält. Hat ein Arbeitnehmer z.B. während des Streiks Ausschreitungen begangen, indem er Betriebsanlagen zerstört oder Arbeitswillige gewaltsam am Betreten des Betriebsgrundstücks gehindert hat, so kann der Arbeitgeber seine Wiedereinstellung auch bei Fehlen einer sog. Sabotageklausel ablehnen [195]. Die Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers, der sich in der Streikleitung oder als Streikposten führend oder aktiv am Streik beteiligt hat, darf jedoch nicht verweigert werden; denn seine Wiederaufnahme ist dem Arbeitgeber zumutbar. Auch wenn die Friedensklausel vorschreibt, daß nur die Arbeitnehmer wieder einzustellen sind, die "lediglich wegen ihrer Teilnahme an der Arbeitsniederlegung als solcher" [196] entlassen wurden, haben aktive Streikteilnehmer, deren Handlungen sich im Rahmen der Rechtsordnung halten, einen Wie-

---

195) Nipperdey, Lehrb.II.Bd., S.215; Dietz, SAE 1954, S.93; Nikisch, Lehrb.II.Bd., S.177; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.48; Bobrowski, S.419; Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 137; Siebrecht, S.102; BAG, SAE 1957, S.172; LAG Bremen, AP 1954, Nr. 87; LAG Bayern, SAE 1955,S.102.

196) Ziffer 8 des Schiedsspruchs vom 27.8.1954, der den Streik der bayrischen Metallarbeiter beendete, siehe SAE 1957, S.172 = ARBl., Arbeitskampf V, Entscheidung 1.

dereinstellungsanspruch [197].

Bei streikbedingten betrieblichen Anlaufschwierigkeiten ist der Arbeitgeber berechtigt, die Streikenden erst nach und nach wiedereinzustellen. In solchem Falle ist ihm die s o - f o r t i g e Wiedereinstellung der gesamten Belegschaft oder eines Teils von ihr unzumutbar. Die Pflicht zur Wiedereinstellung besteht auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt in der Friedensklausel nur im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten [198]; denn keine Wiedereinstellungsklausel kann von dem Arbeitgeber mehr verlangen als ihm nach Treu und Glauben zuzumuten ist [199]. Kann z.B. in der Spezialabteilung eines bestreikten Betriebes die Arbeit infolge streikbedingter technischer Schwierigkeiten nicht sofort wieder aufgenommen werden, so ist der Arbeitgeber berechtigt, die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer dieser Abteilung bis zur Behebung der technischen Hindernisse zu verweigern. Daran ändert auch nichts ein in der Friedensklausel festgesetztes bestimmtes Datum, zu dem die Arbeit wiederaufgenommen werden soll [200].

---

197) BAG, SAE 1957, S.172; Nikisch, Lehrb.II. Bd., S.176; Leciejewski, S. 108, A.A. LAG Hamm, BB 1954, S.138; Dietz, SAE 1954, S.95; Siebrecht, S.101; Gift, S.175. Vgl. auch oben S. - 105 - ff. zum Schwerbeschädigtenrecht.

198) Bulla, Festschr.f.Nipperdey, S.191; Siebrecht, S.102; Kunkel, ARBl., Arbeitskampf V, E II 2 b) cc.

199) Kunkel, a.a.O., Endemann, ArbuR 1955,S.15.

200) A.A. Kunkel, a.a.O., Leciejewski, S.94.

Die Arbeitnehmer haben durch ihren Streik die Funktionsfähigkeit des Betriebes gelähmt. Es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn sie sich auf eine Friedensklausel berufen würden, deren sofortige Erfüllung dem Arbeitgeber infolge des Verhaltens der Arbeitnehmer nicht möglich ist. Der Arbeitgeber muß jedoch für eine baldmögliche Wiederaufnahme der Arbeit Sorge tragen, indem er sich ernsthaft darum bemüht, die technischen Schwierigkeiten in kürzester Frist auszuräumen.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber durch besonders uneinsichtiges Verhalten den Streik "verschuldet" hat. Hier kann er sich nicht auf Treu und Glauben berufen und muß die Folgen seines Verhaltens tragen. Die Arbeitnehmer können in diesem Falle die gestrenge Befolgung der Friedensklausel verlangen.

Nach einem Urteil des LAG Düsseldorf [201] soll der Arbeitgeber bei w i r t s c h a f t l i c h e n streikbedingten Schwierigkeiten nicht berechtigt sein, die Arbeitnehmer erst nach und nach wiedereinzustellen. In dem von dem Gericht entschiedenen Fall schrieb die tarifliche Friedensklausel die unverzügliche Wiederaufnahme der Arbeit vor. Einer der betroffenen Arbeitgeber stellte die entlassenen Arbeitnehmer nur in Etappen wieder ein und berief sich darauf, daß er wegen des Streiks nicht genügend Aufträge habe annehmen können, um alle Arbeitnehmer sofort wieder beschäftigen zu können. Das LAG begründete die Entscheidung damit, daß der Arbeitgeber für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit allein einstehen müsse. Die Grundsätze über die Verteilung des Betriebsrisikos seien nicht anwendbar. Der Streik sei für den Auftragsmangel nicht ursächlich geworden, da ein Streik g e n e r e l l keinen Auftragsmangel bedinge.

---

201) Vom 19.1.1954, BB 1954, S.965.

Siebert ist dieser Auffassung in einer Anmerkung zu dem Urteil [202] entgegengetreten. Er wollte im Gegensatz zu der Entscheidung des LAG den Arbeitnehmern das Betriebsrisiko aufbürden, da sie den Auftragsmangel durch den Streik verursacht hätten. Es komme für die adäquate Kausalität darauf an, ob die k o n k r e t e Ursache im Rahmen der allgemeinen Erfahrung liege. Unerheblich sei, ob die Ursache generell solche Wirkungen habe. Obwohl Siebert im Ergebnis zuzustimmen ist, unterliegt es Zweifeln, ob die Lehre vom Betriebsrisiko überhaupt anwendbar ist. Diese Lehre betrifft die Fälle, in denen weder der Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer den Schaden selbst verursacht haben. Hier aber haben die streikenden Arbeitnehmer den Auftragsmangel durch ihr Verhalten selbst bewirkt. Die Arbeitnehmer können die sofortige Wiedereinstellung vielmehr deswegen nicht verlangen, weil sie gegen Treu und Glauben verstoßen würden, wenn sie auf einer wortgetreuen Innehaltung der Wiedereinstellungsklausel bestehen würden; denn sie haben das Hindernis, das der sofortigen Wiedereinstellung im Wege steht, selbst zur Entstehung gebracht. Zu Recht hat Siebert in der Anmerkung zu dem Urteil darauf hingewiesen, daß die Betonung der Unverzüglichkeit in der Friedensklausel für das Recht des Arbeitgebers zur schrittweisen Wiedereinstellung überdies ohne Bedeutung war. Der Arbeitgeber war dazu nicht nur deswegen berechtigt, weil

---

202) BB 1954, S. 965.

er ohne schuldhaftes Zögern handelte. Auch wenn die Klausel die sofortige Wiederaufnahme der Arbeit vorgeschrieben hätte, wäre er nur zur etappenweisen Wiedereinstellung verpflichtet gewesen. Mit der Vorschrift, daß die Wiederaufnahme der Arbeit unverzüglich zu erfolgen habe, wollten die Tarifpartner nur verhindern, daß die Arbeitgeber die Wiedereinstellung willkürlich verzögerten. Es sollte nicht in ihr Belieben gestellt werden, wann sie mit den Streikenden neue Arbeitsverträge abschlossen.

Wie das LAG Düsseldorf, so sprechen auch Nikisch und Endemann dem Arbeitgeber das Recht ab, die Arbeitnehmer wegen wirtschaftlicher streikbedingter Anlaufschwierigkeiten erst nach und nach wiedereinzustellen [203]. Nur wenn die Friedensklausel eine etappenweise Wiedereinstellung durch eine sog. Stillegungsklausel ausdrücklich vorsieht, soll sie zulässig sein. Ein solcher Vorbehalt ist indessen überflüssig [204].

Häufig wird die Wiedereinstellungsklausel in den Tarifverträgen mit einem Maßregelungsverbot verbunden. Es soll verhindern, daß den Arbeitnehmern bei der Wiedereinstellung schlechtere Arbeitsbedingungen als vorher

---

203) Nikisch, Lehrb. II.Bd., S.177; Endemann, ArbuR 1955, S. 15.

204) Siebert, a.a.O., Rogge, S. 106.

eingeräumt werden und insbesondere, daß ihnen alte Rechte und Anwartschaften verlorengehen. Eine mit einem Maßregelungsverbot verbundene Friedensklausel kann z.B. lauten: "Die Arbeiter sind unverzüglich wiedereinzustellen. Maßregelungen aus Anlaß des Streiks finden nicht statt". Derselbe Zweck soll mit einer tariflichen Bestimmung erreicht werden, die vorschreibt, daß die Arbeitsverhältnisse als durch den Streik nicht unterbrochen gelten.

Doch selbst wenn die Wiedereinstellungsklausel kein Maßregelungsverbot enthält, haben die im Arbeitskampf entlassenen Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abschluß eines dem früheren Arbeitsverhältnis entsprechenden Arbeitsvertrages mit dem neuen, tarifmäßigen Inhalt. Insbesondere können sie den Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrages verlangen, wenn sie vor dem Streik in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis bei dem verpflichteten Arbeitgeber standen; denn ein befristeter Arbeitsvertrag würde eine Umgehung der Friedensklausel bedeuten [205]. Des weiteren haben die Arbeitnehmer auch ohne Maßregelungsverbot einen Anspruch auf Wiedereinräumung früherer Rechte und Anwartschaften [206]. Die Friedensklauseln

---

205) Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 137.

206) Nikisch, BB 1952, S. 723; Rogge, S. 98; Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 138; Kunkel, ARBl., Arbeitskampf V, E II 2 b) aa. A.A. Nipperdey, Lehrb. II. Bd., S. 212 Anm. 118); Leciejewski, S. 103.

schreiben keine Neueinstellung, sondern eine W i e d e r einstellung vor. Die frühere Betriebszugehörigkeit der Streikenden ist daher bei ihrer Wiederaufnahme in den Betrieb zu berücksichtigen. Mögen die alten Rechte durch die Entlassung zunächst auch erloschen sein, bei der durch Tarifvertrag vorgeschriebenen Wiedereinstellung müssen den Arbeitnehmern diese Rechte in jedem Falle zurückgewährt werden. Das ergibt die Auslegung dieser Klauseln. Nur wenn eine Friedensklausel die Arbeitgeber im Ausnahmefall einmal verpflichten sollte, die Streikenden nach Kampfende n e u einzustellen, könnten diese ihre alten Rechte ohne Maßregelungsverbot nicht zurückverlangen. - Ein Maßregelungsverbot erlangt jedoch selbständige Bedeutung, wenn im Tarifvertrag nicht gleichzeitig eine Friedensklausel vereinbart wird. In solchem Falle hat das Maßregelungsverbot die Wirkung einer Wiedereinstellungsklausel, da die Arbeitgeber die Wiedereinstellung der entlassenen Arbeitnehmer nicht wegen ihrer Beteiligung am Streik ablehnen dürfen [207].

Die tariflichen Wiedereinstellungsklauseln gelten grundsätzlich nur für die organisierten Arbeitnehmer. Die Nichtorganisierten können jedoch durch eine sog. Außenseiterklausel ebenfalls begünstigt werden. Zur Wiederaufnah-

---

207) Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 135; Kunkel, ARBl., Arbeitskampf V, B; RAG E 14, S. 413.

me der Arbeit können die Tarifpartner sie allerdings nicht verpflichten. Andererseits haben die Außenseiter im Gegensatz zu den organisierten Arbeitnehmern keinen normativen Wiedereinstellungsanspruch, da die Außenseiterklausel nur schuldrechtliche Wirkungen zeigen kann. Die normative Kraft der Wiedereinstellungsklauseln ist auf die Mitglieder der Vertragsparteien beschränkt (§§ 3 Abs.I, 4 Abs. I TVG). Rechtlich stellt sich die Außenseiterklausel daher als Vertrag zugunsten Dritter dar [208]. Wenn aber der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, so gelten auch die Wiedereinstellungsklauseln unmittelbar und zwingend zugunsten der Außenseiter.

In einem Tarifvertrag können auch andere Wiedereinstellungsgebote als die Friedensklauseln vereinbart werden. Auch diese Bestimmungen, die z.B. eine Wiedereinstellungspflicht zugunsten von Saisonarbeitern begründen können, werden in aller Regel in den normativen Teil des Tarifvertrages aufgenommen und geben den begünstigten Arbeitnehmern einen unmittelbaren Wiedereinstellungsanspruch gegen den verpflichteten Arbeitgeber. Anders als im Fall der Wiedereinstellung auf Grund einer Friedensklausel sind die betreffenden Arbeitnehmer jedoch ohne aus-

---

208) Maus, TVG-Komm., § 1 Anm. 134; RAG, E 6, S. 151.

drückliche Bestimmung im Tarifvertrage nicht verpflichtet, zu ihrem früheren Arbeitgeber zurückzukehren. Dieser Unterschied entspricht dem Willen der Tarifvertragsparteien, der durch Auslegung der Wiedereinstellungsklauseln zu ermitteln ist. Nach einem Streik wollen die Tarifpartner die Auswirkungen des Streiks beseitigen und den Arbeitsfrieden wiederherstellen. Daher müssen die Streikenden auf ihre alten Arbeitsplätze zurückkehren. Wird aber die Wiedereinstellung von Arbeitnehmern vorgeschrieben, die aus anderen Gründen als wegen einer Streikbeteiligung entlassen wurden oder noch entlassen werden, so sollen die betreffenden Arbeitnehmer in der Regel lediglich begünstigt, nicht aber auch ihrerseits verpflichtet werden. Beispielsweise bestimmt § 2 Ziffer 5 Abs. IV des für allgemeinverbindlich erklärten Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe vom 6. Juli 1956 [209]:

"Bei Entlassung wegen ungünstiger Witterung muß die Wiedereinstellung des Entlassenen erfolgen, wenn dessen Wiederbeschäftigung möglich ist. Der Arbeitnehmer hat hierauf einen Rechtsanspruch, wenn er sich unverzüglich nach Wiederaufnahme der Arbeit meldet. Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmer über die Wiederaufnahme der Arbeit zu unterrichten."

---

209) Siehe BAG, U.v. 22.2.1961, E 11, S.1. Vgl. auch RAG, E 5, S. 434.

Der Wiedereinstellungsanspruch eines durch eine solche Bestimmung begünstigten Arbeitnehmers erlischt nicht dadurch, daß er in der Zwischenzeit, d.h. in der Periode der schlechten Witterung, bei einem anderen Arbeitgeber gearbeitet hat [210]. Sobald die Voraussetzungen der Wiedereinstellungsklausel gegeben sind, kann er von seinem früheren Arbeitgeber die Wiedereinstellung verlangen. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zu den früheren Bedingungen und unter Aufrechterhaltung früherer Rechte und Anwartschaften, da es sich nicht um eine Neueinstellung, sondern um eine Wiedereinstellung handelt.

B. Die Abschlußgebote in Betriebsvereinbarungen.

In einer Betriebsvereinbarung können Arbeitgeber und Betriebsrat normative und schuldrechtliche Abschlußgebote wirksam festsetzen. Es kann im einzelnen auf die Ausführungen verwiesen werden, die sich mit der Pflicht des Arbeitgebers zu Neueinstellungen auf Grund einer Bestimmung in der Betriebsvereinbarung befassen [211]. Eine betriebliche Wiedereinstellungsklausel kann den Arbeitgeber insbe-

---

210) BAG, a.a.O.,

211) S.o. S. - 86 - ff.

sondere verpflichten, Arbeitnehmer, die zuvor wegen Streitigkeiten mit dem Arbeitgeber oder wegen Streiks entlassen wurden, wiedereinzustellen [212]. Auch zugunsten von Saisonarbeitern oder Bauarbeitern [213] kann dem Arbeitgeber in der Betriebsvereinbarung eine Pflicht zur Wiedereinstellung in der nächsten Saison bzw. bei Eintritt besserer Witterung auferlegt werden. - Soweit es sich um Abschluß - n o r m e n handelt, haben die begünstigten Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch auf Wiedereinstellung gegen den verpflichteten Arbeitgeber. Sie können den Abschluß eines Arbeitsvertrages zu den alten Bedingungen verlangen und dürfen nicht schlechter gestellt werden als sie bei ihrer Entlassung standen.

C. Abschlußgebote in Dienstvereinbarungen.

Nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz vom 5.8.1955 können in einer Dienstvereinbarung keine Wiedereinstellungspflichten des Dienst-

---

212) Neumann, Dienstvertrag, § 611 Anm. 87; Neumann-Duesberg, S. 375.

213) Bauarbeiter sind keine Saisonarbeiter, da eine Saison nur wenige Monate des Jahres umfaßt. Im Baugewerbe wird aber während fast des ganzen Jahres gearbeitet. Siehe Hueck, KSchG-Komm., § 20 Anm. 2; ArbGer. Bremerhaven, BB 1951, S. 446.

herrn begründet werden [214]. Nur die Personalvertretungsgesetze der Länder Berlin und Bremen lassen Wiedereinstellungsgebote in Dienstvereinbarungen zu [215]. In diesen Ländern hat der Dienstherr die Möglichkeit, sich insbesondere zur Wiedereinstellung von Arbeitnehmern zu verpflichten, die wegen Streitigkeiten kurz zuvor entlassen wurden.

Vierter Abschnitt.

Bevorzugte Wiedereinstellung von Betriebsratsmitgliedern?

In keinem der behandelten Fälle hat ein ehemaliges Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf bevorzugte Wiedereinstellung. Nur ausnahmsweise kann sich auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung im Tarifvertrag oder in der Betriebsvereinbarung ein solcher Anspruch ergeben. Die Betriebsratsmitglieder erfahren bei der Wiedereinstellung keine Sonderbehandlung. Sie nehmen die gleiche Stellung ein, wie die übrigen Arbeitnehmer. Auch nach

---

214) S.o. S.- 95 - .
215) S.o. S.- 96 - .

einem Streik [216], nach Betriebsstillegung und erneuter Eröffnung [217] und in Saisonbetrieben [218] können die Betriebsratsmitglieder keine bevorzugte Wiedereinstellung verlangen.

Fünfter Abschnitt.

Rückblick: Wiedereinstellungsgebote in außer Kraft getretenen Gesetzen.

A. Die DemobilmachungsVO vom 12.2.1920.

§ 3 Abs. I der Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobil-

---

216) Nikisch, BB 1952, S. 723, Leciejewski, S. 113; LAG Hamm, BB 1953, S.59. Vgl. auch Galperin bei Galperin-Siebert, Vorbem. 27 vor § 21. - Das Urteil des LAG Frankfurt, AP 1952, Nr. 102, kann nicht als Beispiel einer Gegenmeinung herangezogen werden, wie dies Galperin und Leciejewski, a.a.O., tun. In der zitierten Entscheidung handelt es sich nicht um die Wiedereinstellung, sondern um die bevorzugte W e i t e r b e s c h ä f t i g u n g von Betriebsratsmitgliedern, deren Arbeitsverhältnisse während des Streiks nur suspendiert waren.

217) Rohlfing-Rewolle, § 13 Erl.17. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BetrVG s.u. S. - 197 -.

218) LAG Kiel, BB 1950, S.869 = SAE 1951, Nr.16.

machung vom 12.2.1920 [219] verpflichtete Betriebsunternehmer und Büroinhaber einschließlich der Körperschaften des öffentlichen Rechts, diejenigen Kriegsteilnehmer und reichsdeutschen Zivilinternierten wiedereinzustellen, die am 1.August 1914 als Arbeitnehmer in ihrem Betrieb oder Büro beschäftigt waren. Gegenüber Kriegsteilnehmern, die am 1. August 1914 ihrer militärischen Dienstpflicht genügten und deshalb aus dem Arbeitsverhältnis mit dem früheren Arbeitgeber ausgeschieden waren, bestand die gleiche Pflicht. Ebenso mußten Kriegsteilnehmer wiedereingestellt werden, die bei Ausbruch des Krieges noch die Schule besucht hatten und daher erst später Arbeitnehmer geworden waren.

Die berechtigten Arbeitnehmer hatten einen Individualanspruch auf Wiedereinstellung bei ihrem früheren Arbeitgeber, der auf Verlangen mit ihnen einen Arbeitsvertrag abschließen mußte. Die Wiedereinstellungspflicht erlosch, wenn sich die Arbeitnehmer nicht binnen zwei Wochen bei ihrem früheren Arbeitgeber zur sofortigen Wiederaufnahme ihrer früheren Tätigkeit meldeten (§ 4 Abs. I). Die Wiedereinstellung hatte innerhalb von zwei Wochen nach der Meldung zu erfolgen, sofern nicht besondere Umstände eine Verlängerung der Frist erforderlich machten (§ 8 Abs.I). Die Arbeitgeber traf ein Kontrahierungszwang. Die Arbeitneh-

---

219) RGBl. I S. 218.

mer waren grundsätzlich zu den alten Arbeitsbedingungen wiedereinzustellen (§ 8 Abs.II)[220].

B. Die Betriebsrätegesetze der Länder.

Vor dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes sahen einige Landes-Betriebsrätegesetze die Wiedereinstellung der wegen Stilllegung des Betriebes entlassenen Betriebsräte vor, sobald der Betrieb wiedereröffnet wurde [221]. Sämtliche [222] Betriebsratsmitglieder konnten gegen ihren früheren Arbeitgeber auf Wiedereinstellung klagen [223]; denn sie hatten einen Individualanspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages. Durch das Betriebsverfassungsgesetz sind die landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben worden [224]. Nach dem Betriebsverfassungsgesetz besteht keine Wiedereinstellungspflicht zugunsten der Betriebsratsmitglieder mehr.

---

220) Zu allem vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 79/80; Kaskel, 3. Aufl., S. 104.

221) Z.B. § 29 Nr. 2 des hessischen BetriebsräteG v. 31.5.1948, GVBl. S. 117; § 35 Abs.IV des schleswig-holst. BetriebsräteG. vom 3.5.1950, GVBl. S. 169; § 28 Abs. III des bremischen BetriebsräteG v. 10.1.1949, GBl. S. 7.

222) LAG Frankfurt a.M., BB 1950, S. 340.

223) Engler, § 29 Anm. 4).

224) Galperin bei Galperin-Siebert, vor § 1 Anm. 23; Hueck, Festschr. f. Hedemann 1958, S. 136.

C. Das schleswig-holsteinische Entnazifizierungsgesetz und die erste Sparverordnung Nordrhein-Westfalen.

Das schleswig-holsteinische Entnazifizierungsgesetz vom 10.2.1948 [225] sah eine Wiedereinstellungspflicht der öffentlichen Dienstherrn und privaten Arbeitgeber zugunsten der im Entnazifizierungsverfahren entlasteten Arbeitnehmer vor, die wegen formeller politischer Belastung entlassen worden waren. Nach § 48 Abs. I und II des Gesetzes bestand im Gegensatz zum Regelungsgesetz [226] ein Anspruch auf Wiedereinstellung gegenüber dem öffentlichen Dienstherrn, bei dem die Arbeitnehmer vor ihrer Entlassung beschäftigt waren [227]. § 48 Abs. III, der die Wiedereinstellung bei den privaten Arbeitgebern betraf, war demgegenüber nur eine Sollvorschrift.

Die Entnazifizierungsgesetze der übrigen Länder gewährten - zum Teil ausdrücklich [228] - keinen Anspruch auf Wiedereinstellung. Nur in Nordrhein-Westfalen bestand eine ähnliche Regelung wie in Schleswig-Holstein, § 10 i.V. mit § 3 Nr. 1 der 1.Sparverordnung von Nord-

---

225) GVBl. S. 33.

226) S.o. S. - 100 -.

227) LAG Kiel, AP 1952, Nr. 178.

228) Z.B. § 5 Abs. I Badisches G.v. 26.5.1950, GVBl. S. 199; § 11 Abs. II Berliner G.v. 14.6.1951, GVBl. S. 405; § 6 Abs. II Bremisches G. v. 4.4.1950, GBl. S. 43.

rhein-Westfalen vom 19.3.1949 [229] gab den wegen politischer Belastung entlassenen Angestellten im öffentlichen Dienst mit beamtenähnlicher Rechtsstellung einen Anspruch auf Wiedereinstellung, wenn sie im Entnazifizierungsverfahren entlastet wurden. Der einzelne Angestellte hatte einen Anspruch auf Wiedereinstellung [230].

---

229) GVBl., S. 25.

230) Röttgen-Lenz-Lenz, § 11 Vorbem. 2.

LEBENSLAUF

Am 6. März 1936 wurde ich in Braunschweig geboren. Mein Vater ist dort Zahnarzt. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Ich besuchte die Staatliche Neue Oberschule in Braunschweig, an der ich am 1. März 1956 die Reifeprüfung ablegte.
Im Sommersemester 1956 studierte ich Volkswirtschaft an der Technischen Hochschule Braunschweig. Danach entschloß ich mich, das Jurastudium aufzunehmen. Ich studierte drei Semester in Heidelberg, ein Semester in Lausanne und vier Semester in Göttingen. Am 26. Januar 1961 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.
Vom 1. Oktober 1961 bis zum 31. Mai 1962 studierte ich an der Freien Universität Brüssel. Ich hörte Vorlesungen im Arbeitsrecht und schrieb eine rechtsvergleichende Arbeit über die Wirkung des Tarifvertrages auf die Einzelarbeitsverträge im belgischen und im deutschen Recht.
Nach meinem Aufenthalt in Belgien nahm ich in Braunschweig den juristischen Vorbereitungsdienst auf.
Vom 1. Oktober 1963 bis zum 29. Februar 1964 war ich im Rahmen meiner Referendar-Ausbildung bei einem französischen Anwalt in Avesnes-sur-Helpe (Nord) beschäftigt.
Vom 1. Oktober 1964 bis zum 30. Juni 1965 unterbrach ich meinen Vorbereitungsdienst, um an der London School of Economics and Political Science zu studieren.
Seit dem 1. Juli 1965 setze ich meinen Vorbereitungsdienst in Braunschweig fort.

Braunschweig, den 18. Juli 1965.